THÈSE DE
POITIERS.
1890
N°. 2.

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

DE LA

RESTITUTIO IN INTEGRUM

AU PROFIT DES MINEURS DE XXV ANS ET DES IMPUBÈRES

EN DROIT ROMAIN

DE

L'ADMINISTRATION LÉGALE

DU PÈRE DE FAMILLE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR

Présentée et soutenue le 22 décembre 1890

PAR

Ferdinand GUILLARD-MESNARD

Avocat à Châteauroux

POITIERS
Imprimerie A. MASSON, place du Lycée

1890

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

DE LA

RESTITUTIO IN INTEGRUM

AU PROFIT DES MINEURS DE XXV ANS ET DES IMPUBÈRES

EN DROIT ROMAIN

DE

L'ADMINISTRATION LÉGALE

DU PÈRE DE FAMILLE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR

Présentée et soutenue le 22 décembre 1890

PAR

Ferdinand GUILLARD-MESNARD

Avocat à Châteauroux

POITIERS

Imprimerie A. MASSON, place du Lycée

1890

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

MM. THÉZARD, (I⊙), doyen, professeur de Code civil.
DUCROCQ, (✻ I⊙), doyen honoraire, professeur honoraire, professeur à la Faculté de Droit de Paris, correspondant de l'Institut.
ARNAULT DE LA MÉNARDIÈRE, (I⊙), professeur de Code civil.
LE COURTOIS, (I⊙), professeur de Code civil.
NORMAND, (I⊙), professeur de Droit criminel.
PARENTEAU-DUBEUGNON (I⊙), professeur de Procédure civile.
ARTHUYS, (I⊙), professeur de Droit commercial.
BONNET, (I⊙). professeur de Droit romain.
PETIT, (A⊙), professeur de Droit romain, asseseur du doyen.
BARRILLEAU, (A⊙), professeur de Droit administratif.
BRISSONNET, (A⊙), professeur d'Economie politique.
SURVILLE, professeur-adjoint, chargé du cours de Droit international privé.
DIDIER, agrégé chargé du cours d'Histoire générale du Droit français public et privé.
COULON (I⊙), secrétaire.

COMMISSION :

Président : M. THÉZARD, doyen.

Suffragants : MM. LE COURTOIS, PETIT, professeurs. — DIDIER, agrégé.

THÈSE

DE

DROIT ROMAIN

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547313_0007

INTRODUCTION

Nous trouvons, chez tous les peuples, depuis les temps les plus reculés jusqu'à nos jours, la préoccupation constante de donner aux mineurs, tant pour leur personne que pour leurs biens, une protection spéciale. Partout, en effet, les législateurs ont compris combien une question si délicate méritait toute leur sollicitude.

Ce souci fort légitime s'est traduit de diverses façons, suivant le tempérament, les mœurs et le degré de civilisation de chaque peuple; mais il est facile de constater que, malgré le puissant intérêt qu'inspirait la situation des jeunes enfants et des fils de famille, le problème posé à leur endroit est presque toujours demeuré imparfaitement résolu.

N. B. — Nous avons eu la bonne fortune d'avoir entre mains, pour nous aider dans notre travail, le cours de Pandectes fait en 1885-1886 par Monsieur Vignerte, professeur à la Faculté de Droit de Rennes, sur le titre *de minoribus XXV annis*. Ces notes, recueillies avec soin par Monsieur CHAUVEAU, aujourd'hui professeur-agrégé à la Faculté de Droit d'Alger, ont été mises à notre disposition par l'intermédiaire de notre compatriote et ami Monsieur Albert Tissier, professeur-agrégé à la même Faculté d'Alger.

Nous nous faisons un devoir d'adresser ici, à qui de droit, tous nos sincères remerciements.

A l'origine, et alors que les principes du droit naturel formaient, dans toutes les nations, la loi principale et pour ainsi dire unique, on n'avait établi aucune règle générale, permettant de dire au juste à quel âge des enfants étaient ou non capables de contracter un engagement valable. On se réglait « sur un examen attentif des actions et des démarches ordinaires de chaque enfant en particulier (1) ». — « Chez tous les peuples jeunes l'enfant a joui d'une certaine capacité juridique, à partir du jour où il a joui, en fait, d'une certaine capacité intellectuelle et d'une certaine puissance physique : le droit, comme il arrive si souvent, n'a été, à l'origine, que la consécration du fait... Polybe a entendu raconter que, lors de la seconde guerre punique, des enfants de douze ans avaient pris part aux délibérations du Sénat (2). »

C'est ainsi que le vieux droit romain, estimant à tort que la maturité de l'esprit se produisait en raison directe du développement des forces physiques, ne faisait aucune distinction entre la puberté et la pleine majorité : les pubères avaient la liberté absolue de disposer de leurs biens. Or, comme la question de puberté se résolvait, au début, dans une pure question de fait, il en résultait que la pleine capacité de l'enfant se réglait *ex habitu corporis*. Il est bien vrai que, plus tard, on fixa l'âge de puberté à quatorze ans pour les hommes et à douze ans pour les femmes. Mais il n'en

(1) *Le droit de la nature et des gens*, par le baron de Pufendorf, (traduction de Barbeyrac) ; édit. de 1740 ; tome 2e, page 98.

(2) *Précis de l'histoire du droit français*, par Paul Viollet, (Sources, Droit privé) ; Edit. de 1886, page 428.

demeure pas moins constant que, dès l'âge le plus tendre, un enfant pouvait, seul, faire tous les actes de la vie civile les plus importants. Exposé à tous les mouvements irréfléchis et à toutes les passions impétueuses de la jeunesse, il était complètement livré à lui-même, et rien ne le protégeait contre ses entraînements, son inexpérience ou son incapacité.

Une telle situation devait fatalement engendrer des abus. Le danger de l'ancien système devait se faire sentir : l'équité réclamait impérieusement une protection pour ceux que jusqu'ici on avait eu le tort de livrer à la seule faiblesse de leur intelligence et de leur jugement.

Si l'on en croit Montesquieu, l'ancien état de choses s'explique assez raisonnablement. « Dans le temps où l'on fit la loi des Douze Tables, dit cet auteur, les mœurs à Rome étaient admirables... Mais, lorsque les mœurs changèrent, on vit les législateurs changer aussi de façon de penser (1) ».

Aulu-Gelle nous apprend, de son côté (2), que les Romains mirent les devoirs envers les pupilles en tête des devoirs privés et à côté de ceux que nous avons envers nos ascendants. Mais, comme il vient d'être dit, avec la corruption des mœurs s'imposèrent des réformes antérieurement inutiles et des précautions jusqu'alors inusitées. On fixa, au point de vue de l'âge requis pour la capacité, une délimitation nouvelle. La présomption qui attribuait aux pubères le discernement et la volonté nécessaires pour contracter s'évanouit, et l'on décida

(1) Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre xix, chap. 24.
(2) Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, V. 13.

que jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans accomplis ces mêmes pubères jouiraient, pour leurs intérêts, de mesures et de protections spéciales. La dénomination d'*ætas legitima*, qui était donnée précédemment à la puberté, s'appliqua dès lors à l'âge de vingt-cinq ans.

Cette fixation de l'âge de vingt-cinq ans paraît avoir été établie par un plébiscite, auquel on a donné le nom de *Loi Plætoria* et dont le texte, incomplet d'ailleurs, se trouve inscrit sur les tables d'Héraclée, monument découvert en 1732 dans le golfe de Tarente et qui date de la fin du VII^e^ siècle de Rome ou du commencement du VIII^e^.

On ne connaît pas la date exacte de ce plébiscite ; cependant la majorité des commentateurs la placent « vers le milieu du sixième siècle de la fondation de Rome (1) », en se basant sur le passage d'une comédie de Plaute (2), dans laquelle il y est fait une allusion certaine.

La *Loi Plætoria* prévoyait le cas où un pubère aurait été *circumscriptus* dans un acte. Elle contenait trois dispositions principales : 1° Elle accordait contre tout individu ayant abusé de l'inexpérience d'un mineur de vingt-cinq ans une poursuite criminelle, une accusation populaire, que Cicéron appelle *judicium publicum rei privatæ* (3) ; et, « quoi qu'il ne s'agît que d'affaire privée », le droit de poursuite

(1) F. C. de Savigny, *Traité de Droit romain*, traduit de l'allemand par Guénoux, (Firmin Didot frères, éditeurs) : Tome III^e^, p. 84.

(2) Cf. Plaute, (traduction de Naudet, collect. Panckoucke Pseudolus, p. 63.

(3) Cf. Cicéron : *de Officiis*, III, 15 ; — *de natur. deor.*, III, 30.

était ouvert à tous, *cuivis e populo*, « afin que la faiblesse ou la connivence du mineur n'amenât pas l'impunité » (1). Si l'auteur de la manœuvre était déclaré coupable, il encourait une note d'infamie, et il était exclu de la curie ainsi que des fonctions municipales. — 2° La Loi *Plœtoria* ne prononçait pas la nullité absolue de l'acte frauduleux ; mais le mineur qui avait été victime de la fraude pouvait, très-probablement, opposer la nullité de ses engagements par voie d'exception (2). Toutefois nous devons noter que sur ce second point il y a controverse et que certains auteurs, parmi lesquels M. de Savigny (3), soutiennent que la Loi *Plœtoria* était purement pénale et ne contenait aucune sanction civile. — 3° Enfin, de peur que la protection accordée aux mineurs ne tournât contre eux-mêmes et n'éloignât d'eux les tiers, la Loi *Plœtoria* permettait aux adolescents de se faire nommer un curateur *ad hoc*, dont l'assistance et le consentement étaient un garant de la validité de l'acte juridique qu'ils devaient accomplir et s'opposaient, par suite, à son annulation.

Le droit prétorien devait compléter le droit civil et accorder aux mineurs une protection plus grande et plus salutaire que celle qu'ils tenaient de la Loi *Plœtoria*. En effet, d'après cette loi, n'était point pro-

(1) Ortolan, *Explication historique des Instituts de Justinien*, 10e édit.,t. II, p. 193.

(2) *En ce sens*, L. 7, § I, D., *de exceptionibus*. — Adde : Ortolan, loc. cit. ; Demangeat, *Cours élément. de Droit romain*, 3e édit. : t. I, p. 406 (et note 4) ; — Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édit., t. I, p. 406 ; — Didier — Pailhé, *Cours élément. de Droit romain*, 3e édit., t. I, p. 113.

(3) de Savigny, op. cit., t. III, p. 84.

tégé le mineur qui était dans l'impossibilité de prouver la fraude dont il avait été victime, ou bien celui qui avait été lésé dans un acte accompli sans fraude par le tiers avec qui il avait contracté : en d'autres termes, et en dehors des dispositions restreintes de la Loi *Plœtoria*, les mineurs restaient soumis au droit commun.

C'est pour remédier à l'inefficacité des dispositions de la loi civile, que le préteur, se fondant sur ce motif que les mineurs peuvent avoir été lésés sans avoir été trompés, créa en leur faveur un bénéfice, d'après lequel leurs actes, bien que valables en droit civil, pouvaient, dans certains cas et sous certaines conditions, être rescindés. C'est ce bénéfice, auquel on a donné le nom d'*in integrum restitutio*, qui va faire spécialement l'objet de notre étude.

Nous verrons, dans le cours de ce travail, toute la portée de la protection accordée, par le droit prétorien, aux mineurs de vingt-cinq ans d'abord, et étendue plus tard aux impubères. Il ne sera pas nécessaire que ceux-ci aient été trompés ; il suffira que l'acte soit lésionnaire, pour qu'ils aient le droit de s'adresser au préteur. C'est donc leur inexpérience même qui sera protégée.

Notre étude sera divisée en deux parties : dans la première, nous traiterons de l'*in integrum restitutio* au profit des mineurs de vingt-cinq ans, (ce sera la partie dominante de ce travail) ; dans la seconde, nous ne parlerons que de ce qui a trait spécialement et restrictivement à l'*in integrum restitutio* au profit des impubères.

Enfin, nous essaierons de montrer dans un court

appendice le côté historique de la question qui nous occupe. Nous chercherons à saisir et à fixer les transformations successives de la vieille règle : *Minor restituitur non tanquàm minor, sed tanquàm læsus.*

PREMIÈRE PARTIE

Cette première partie, consacrée à la théorie générale de la *restitutio* au profit des mineurs, comprendra cinq chapitres, avec les rubriques suivantes :

Chapitre I. — Origine, nature et définition de *l'in integrum restitutio.*

Chapitre II. — A quelles conditions la *restitutio in integrum* est-elle accordée aux mineurs ?

Chapitre III. — Différents cas d'application de la *restitutio in integrum* au profit des mineurs.

Chapitre IV. — Procédure, durée et effets de la *restitutio.*

Chapitre V. — Comment se perd pour les mineurs de vingt-cinq ans le droit à la *restitutio in integrum ?*

CHAPITRE PREMIER

ORIGINE, NATURE ET DÉFINITION DE *L'IN INTEGRUM RESTITUTIO*

L'*in integrum restitutio* a, en réalité, supplanté la Loi Plœtoria. Ce moyen de protection, imaginé par le préteur pour invalider des actes qui eussent été parfaitement valables d'après le droit civil, est une des preuves les plus frappantes de l'influence prépondérante exercée par le droit prétorien, lequel, nous le savons, s'est peu à peu substitué au droit civil pour l'absorber presque complètement.

Nous avons sommairement indiqué, dans notre introduction, pourquoi cette innovation d'origine prétorienne fondée, comme le dit Ulpien (1), sur l'équité naturelle, avait été introduite à l'époque où, depuis longtemps, pour nous servir du langage de M. de Savigny, « la présomption qui attribuait aux pubères l'intelligence des affaires, autrefois bien fondée, n'était plus en harmonie avec le nouvel état de choses » (2).

(1) L. 1, prime, D., *de minoribus vigintiquinque annis.*
(2) De Savigny, op. cit., t. III, p. 83.

Etant donnée son origine, la *restitutio in integrum* « implique l'intervention immédiate et directe du magistrat (1) ». Ce dernier trait est le caractère saillant de la *restitutio*. Un magistrat inférieur ne saurait la prononcer à l'époque classique ; car elle est *magis imperii quàm jurisdictionis*. Ajoutons immédiatement, et par anticipation, qu'on ne prononçait jamais la *restitutio*, contre un acte préjudiciable au mineur, que *cognitâ causâ*.

Parmi les causes de restitution prévues par l'édit du préteur se place en première ligne la restitution au profit des mineurs, dont, nous dit M. de Savigny, « l'origine se rattache à la position spéciale de la jeunesse romaine, » et qui « nous apparaît, sous les formes les plus diverses, appliquée à toute espèce de préjudices résultant d'un acte, d'une omission ou d'une tolérance » (2).

A l'origine, cette mesure de protection ne s'appliquait qu'aux mineurs de vingt-cinq ans, incomplètement protégés par la loi civile ; mais on ne tarda pas à en étendre le bénéfice aux impubères, soit que les actes contre lesquels le pupille demandait à être restitué eussent été accomplis par lui-même avec l'*auctoritas* de son tuteur, soit qu'il s'agît de ce qui avait été fait par ce dernier.

D'autre part, le préteur ne faisait aucune distinction entre les mineurs *sui juris* et les mineurs *alieni juris* ; d'où la conséquence forcée, que le fils de famille fut admis à jouir du bénéfice prétorien et put se faire restituer contre tout acte émanant de

(1) Didier-Pailhé, op. cit., t. II, p. 520.
(2) de Savigny, op. cit., t. VII, p. 151.

lui et qui, en principe, d'après les seules règles du droit civil, eût été parfaitement valable.

Ajoutons enfin que, tout d'abord accordée contre les actes où figurait l'adolescent seul ou contre ses omissions, la protection devint plus tard excessive et s'appliqua aux actes passés avec le *consensus curatoris,* et même aux actes et aux omissions du curateur. Nous verrons, dans la seconde partie de notre étude, qu'on étendit parallèlement la même protection aux impubères pour les actes par eux passés avec l'*auctoritas tutoris.*

Le résultat de l'extension exagérée d'un bénéfice dont l'introduction originaire avait été parfaitement équitable fut tel, que la présence d'un curateur ou d'un tuteur ne donnait plus aux tiers aucune certitude ni aucune sécurité, et que l'excès de protection devait fatalement entraîner de la part des tiers contractants un excès de défiance et nuire à l'intérêt de ceux-là mêmes dont cette protection avait pour but de sauvegarder les droits.

La *restitutio* était pour les mineurs, comme le dit Ortolan, une « faveur réparant le préjudice, mais au détriment de leur crédit. »

En d'autres termes, on alla au-delà de la pensée fondamentale qui avait fait naître le bénéfice de la *restitutio*, et il en résulta qu'on atteignit souvent un but diamétralement contraire à celui qu'on s'était proposé.

Le fondement et la raison d'être de la protection accordée par le droit prétorien et dont nous essayons ici de fixer la nature se trouvent posés dans la Loi première, au Digeste, sous le titre : *De minoribus XXV annis.* Le texte auquel nous faisons allusion :

« *fragile... et infirmum...,* » est plus large que la Loi Plœtoria ; il indique nettement que la base de la restitution est l'équité naturelle.

La *restitutio* a été définie par le jurisconsulte Paul : « *redintegrandæ rei vel causæ actio* » (1); et par M. de Savigny : « le rétablissement d'un état antérieur du droit, motivé par une opposition entre l'équité et le droit rigoureux, et opéré par la puissance du préteur qui change avec connaissance de cause un droit réellement acquis (2) ». Toutefois il faut ajouter avec cet auteur que le rétablissement d'un état antérieur n'est pas un rétablissement véritable, ayant lieu *ipso jure*, mais seulement la fiction d'un semblable rétablissement. Ce dernier ne se produit que *jure prætorio ;* de telle sorte qu'on pourrait, plus justement peut-être, se rallier à la définition donnée par Pothier en ces termes : « *Causæ jure civili stricto amissæ redintegratio* (3) ».

En résumé, on peut dire que la *restitutio in integrum* est un remède apporté par le droit prétorien aux mineurs lésés dans un acte, mais insuffisamment protégés par les règles strictes du droit civil, et qui a pour but et pour effet de replacer ou remettre les mineurs dans leur premier état, tout comme si l'acte contre lequel ils demandent à être restitués n'avait pas eu lieu. Et, comme la *restitutio* est fondée sur la faiblesse même du mineur et sur son défaut d'expérience, elle est indépendante de la bonne ou de la mauvaise foi des tiers qui ont contracté avec lui ; elle est accordée aussi bien contre le fait même

(1) Paul, *Sentent.*, L. 1, t. vii, § 1.
(2) De Savigny, op. cit., t. vii, p. 101.
(3) Pothier, *Pand*, iv, 4, p. 1.

du dit mineur que contre le fait de ses co-contractants.

Le mot *restituere* s'emploie, au surplus, dans une double acception : on dira généralement que le *mineur est restitué* contre tel ou tel acte *(minor restituitur)*, mais on pourra aussi bien parler de la *restitution d'un droit* qui devra être faite au même mineur. Nous devons ajouter cependant que, dans le langage du droit, c'est le premier sens qui est le plus ordinairement employé.

Un dernier mot, en terminant ce premier chapitre, pour signaler la controverse qui s'est élevée entre les auteurs les plus éminents, quand il s'est agi de déterminer la nature exacte de la *restitutio* et sa portée. Les uns ont prétendu que la restitution prétorienne appartenait au domaine de la grâce et que, par suite, personne ne pouvait avoir un droit véritable, dans le sens juridique du mot, à cette faveur spéciale (1); d'autres, au contraire, ont combattu cette doctrine et ont soutenu que la restitution rentrait dans le domaine du droit (2). Nous nous bornons à renvoyer, pour l'examen de cette difficulté, au tome VII[e], (pages 120 et suivantes), de l'ouvrage, fréquemment cité par nous, de M. de Savigny.

(1) Burchardi, § 1 et 3, (p. 7, 20, 40 et 41).
(2) Puchta, *Pandekten*, § 100, note c ; — Schröter, p. 169 — 174.

CHAPITRE II

A QUELLES CONDITIONS LA *RESTITUTIO IN INTEGRUM* EST-ELLE ACCORDÉE AUX MINEURS ?

En accordant aux mineurs un bénéfice aussi considérable que la *restitutio*, le préteur ne pouvait laisser à l'arbitraire des fonctionnaires appelés à la prononcer le soin de déterminer les conditions exigées pour l'admission de cette faveur. C'est pourquoi il établit les règles d'après lesquelles sera donnée cette restitution.

Ces conditions peuvent être ramenées au nombre de trois :

1° — Le mineur doit faire la *preuve d'une lésion suffisamment grave et résultant de l'acte lui-même.*

2° — Il faut qu'il n'y ait *pas d'autres moyens d'agir,* ou, si l'on veut, que toute autre voie de recours soit fermée au mineur.

3° — On exige qu'il y ait une *juste cause* de restitution.

Nous allons successivement passer en revue ces différentes règles.

§ Ier. — LÉSION SUFFISAMMENT GRAVE ET RÉSULTANT DE L'ACTE LUI-MÊME.

Iº — L'existence d'un préjudice est la première et la principale condition de la restitution. Il faut entendre par lésion, nous dit M. de Savigny (1) : « un changement véritable de l'état du droit, et un changement préjudiciable à celui qui réclame la restitution. Mais ce changement véritable de l'état du droit ne peut être que régulier et légitime en soi ; autrement il y aurait tout au plus un changement de fait, un obstacle apporté à l'exercice du droit. » Nous retrouvons ici l'application de la fameuse règle dont nous étudierons très-sommairement, à la fin de ce travail, le sort et les transformations successives : « *Nam non restituitur tanquàm minor, sed tanquàm lœsus* ».

Mais, si la lésion est exigée pour la restitution, elle suffit ; et peu importe que le mineur ait été lésé dans un acte par lui accompli ou par suite d'une omission qui lui serait imputable : « *Quod cum minore quam vigintiquinque annis natu gestum esse dicetur, uti quœque res erit, animadvertam.* (2)... *Gestum sic accipimus, qualiter qualiter : sive contractus sit, sive quid aliud contigit* » (3).

Le mot « *gestum* », qui se trouve dans la clause même de l'Edit, indique en général un acte de la volonté produisant certains effets juridiques, que

(1) De Savigny, *op. cit.*, t, vii, p. 125.
(2) L. 1, § 1, D., de *min.* xxv *ann.*.
(3) L. 7, princ., D., *de min.* xxv *ann.*.

ce soit un acte actif ou une abstention. L'expression employée par le préteur doit être interprétée dans le sens le plus général et ne doit pas s'appliquer seulement aux contrats passés par le mineur. Il ne faudrait pas non plus, d'autre part, en traduisant les mots : « *sive quid aliud contigit,* » attacher à l'expression « *contigit* » l'idée de cas fortuit.

La Loi 6, au Digeste, *de min. XXV ann.*, nous indique très-clairement que, pour que la restitution soit accordée, il suffit qu'il y ait lésion éventuelle, par suite de la transformation d'un droit certain en un droit douteux, pouvant par exemple, comme nous le dit Ulpien, fournir matière à procès et, par conséquent, exposer le mineur à des ennuis ou à des frais.

Il serait difficile d'interpréter autrement le texte de l'Edit, et de soutenir que la lésion doit nécesairement résulter d'un acte positif entraînant la diminution proprement dite du patrimoine du mineur. Une semblable doctrine, nous dit M. Accarias, serait condamnée par beaucoup de textes, et « on peut dire qu'un gain manqué ou un intérêt moral méconnu constituent une lésion suffisante, pourvu qu'à ces circonstances se joigne la perte d'un droit né et actuel, soit qu'il fût déjà entré dans le patrimoine du mineur ou qu'il dépendît de lui de l'y faire entrer (1). » Que l'omission se soit produite *ignorantiâ aut negligentiâ,* peu importe : il suffit que le mineur ait omis ce qu'il aurait dû faire pour son avantage.

Une distinction, cependant, doit être faite dans l'hypothèse où la *restitutio* est demandée contre la

(1) Accarias, *op. cit.*, t. Ier, p. 413-414.

perte d'un gain. Si l'avantage que le mineur a négligé d'acquérir avait dû causer un préjudice à autrui, c'est-à-dire diminuer le propre patrimoine d'un tiers, la *restitutio* sera refusée. Elle sera accordée, au contraire, lorsque le gain ne sera pas fait par le mineur au détriment de la fortune d'autrui, par exemple si le mineur a négligé d'accepter un legs. On peut dire que, dans ce dernier cas, les deux parties luttent uniquement *de lucro captando :* or, la base du conflit se trouvant la même pour le mineur et pour le tiers, on comprend facilement que le préteur accorde de préférence sa protection au premier (1).

Pourvu que la lésion existe, la restitution est indépendante de la bonne ou de la mauvaise foi de la partie avec laquelle le mineur a contracté : « *minoribus in integrum restitutio, in quibus se captos probare possunt, etsi dolus adversarii non probetur, competit* » (2). Le motif de cette règle est que la protection accordée aux mineurs est ici fondée sur leur seule faiblesse et leur défaut d'expérience ; peu importe qu'ils se soient eux-mêmes trompés, ou qu'ils aient été victimes de quelque surprise : « *ab aliis circumventi, vel suâ facilitate decepti* » (3).

II°. — En cas de contestation sur l'existence de la lésion, on applique la règle générale, suivant la formule bien connue : *probatio incumbit ei qui dicit.* Si donc le mineur, pour obtenir la restitution, est placé par le préteur au-dessus des règles ordinaires du droit civil, le droit commun reprendra son empire, quand il s'agira d'administrer la preuve des faits de

(1) Cf. I. 17, § 3, D., *de usuris.*
(2) L. 5, C., *de in integr. restit. min.* XXV *ann.*.
(3) L. 44, D., *de min.* XXV *ann.*.

lésion sur lesquels est fondée la demande de restitution. Telle est l'opinion professée par M. de Savigny ; elle nous semble absolument raisonnable et conforme aux principes. Nous ajouterons volontiers avec ce dernier que « c'est à tort que plusieurs auteurs regardent cette preuve comme inutile et prétendent qu'il suffit d'alléguer le préjudice (1) ».

Le bénéfice de la restitution, tel qu'il a été organisé au profit des mineurs, est déjà par lui-même un privilège assez exorbitant, pour qu'on ne soit pas autorisé à étendre au-delà des limites qui lui ont été assignées cette exception si importante aux règles ordinaires du droit. Il est de principe, au surplus, que les exceptions sont de droit étroit et qu'on ne peut les étendre arbitrairement : or, il n'y aurait aucune bonne raison pour dispenser ici le mineur d'une preuve qui doit être nécessairement faite, mais qui doit demeurer à sa charge.

III°. — La lésion, une fois établie, doit, nous l'avons dit, pour motiver *l'in integrum restitutio*, être suffisamment grave. C'est ce qu'exprime en termes très-nets la Loi 4, au Digeste, *de in integrum restitutionibus* : « *Scio illud a quibusdam observatum, ne propter satis minimam rem, vel summam, si majori rei, vel summæ præjudicetur, audiatur is, qui in integrum restitui postulat* » ; ce qu'on pourrait exprimer d'une façon plus laconique par l'adage bien connu : « *De minimis non curat prætor* ».

Cette règle est on ne peut plus équitable. Si l'on considère, en effet, quelles sont la conséquence et les

(1) *Sic* : De Savigny, *op. cit.*, t. VII, p. 129. — *Adde* : L. 7, § 3 ; LL. 35, 44 ; *de min.* XXV *ann.* ; — L. 9, § 4, D., *de jurej.* ; — L. 5, *princ.*, C., *de in int. rest. min.* ; — L. 1, C., *si adv. vend. pign.*.

suites de la restitution prononcée, on conçoit aisément que l'Edit ait recommandé au magistrat de ne prononcer la rescision qu'après avoir apprécié sérieusement la question de fait (*animadvertam*), afin d'éviter que sa décision, pour réparer une lésion légère, ne consacre en réalité une injustice. C'est donc la prudence du juge qui seule aura la mission de distinguer si les moyens allégués par le mineur méritent d'être pris en considération et si l'équité réclame que la restitution soit prononcée (1).

A titre d'exemple, nous rappellerons qu'un mineur ne saurait obtenir la restitution contre des donations modiques faites par lui à des personnes vis-à-vis desquelles il avait des obligations, parce que ces sortes de reconnaissances ne sont censées lui causer aucun dommage.

Par un motif analogue, la *restitutio* serait refusée au mineur qui aurait emprunté pour payer une dette légitime; ou bien s'il avait donné à quelqu'un l'ordre de fournir des aliments à son père ou à sa mère qui étaient dans le besoin, et cela suivant ce que sa situation de fortune lui permettait de faire; ou bien encore s'il avait pardonné une injure dont il aurait pu en justice poursuivre la réparation (2).

IV°. — Enfin il est nécessaire, pour que la faveur de la restitution puisse être accordée au mineur, que celui-ci ait été lésé *in ipso actu*, c'est-à-dire en prenant part à « un acte qui en lui-même devait lui préjudicier ». Nous ne saurions mieux faire que de citer, à ce propos, l'exemple proposé par M. Demangeat : « Un pubère mineur de vingt-cinq ans ou un

(1) L. 12, § 3, D., *de admin. et peric. tutorum.*
(2) L. 5, C., *de patrid protestate*; — L. 37, *princ.*, D., *de min.* XXV *ann.*

pupille autorisé de son tuteur achète très-cher une chose de très-mauvaise qualité : il y aura lieu en sa faveur à *l'in integrum restitutio*. Au contraire, ce mineur ou ce pupille autorisé achète, pour un prix raisonnable, une chose dont il a besoin, mais qui peu de temps après l'achat vient de périr par cas fortuit : il ne pourra pas être question *d'in integrum restitutio* au profit de l'acheteur » (1).

Les lignes qui viennent d'être rapportées ne sont guère que la traduction, sous une forme impersonnelle, de l'exemple cité par Ulpien sous le paragraphe IV de la Loi 11, au Digeste, *de min. XXV ann.* Si le mineur achète un esclave qui lui soit nécessaire et que cet esclave vienne à périr ensuite accidentellement, la restitution n'aura pas lieu : il en sera de même, s'il s'agit d'un objet utile acheté à des conditions avantageuses. Dans ces hypothèses, le mineur a administré sagement, et malgré tout il subit un préjudice : ce qui n'empêche pas que la restitution lui soit alors refusée, parce qu'il n'y a pas de rapport de causalité entre le préjudice éprouvé et l'état de minorité de celui qui a été lésé.

La solution que nous venons d'indiquer est extrêmement sage et se justifie à tous égards. Si, en effet, sous prétexte de protéger le mineur, on lui eût accordé la restitution à propos d'actes que l'homme le plus prudent et le plus sage n'eût point désavoués, le remède eût été, à coup sûr, pire quele mal ; l'excès de protection eût été la ruine de ceux-là mêmes qui devaient être protégés et aurait eu pour effet immédiat d'éloigner des mineurs les tiers, qui se fussent

(1) Demangeat, *op. cit.*, t. Ier, p. 411.

fort peu souciés de subordonner la validité de leurs contrats au pur effet du hasard et de l'incertain.

Une des conclusions de ce que nous venons de dire, c'est que la restitution n'aura pas lieu au profit du mineur, si celui-ci n'a fait qu'user du droit commun : « *non videtur circumscriptus esse minor, qui jure sit usus communi* » (1). — V. g. : « Un mineur dont la créance est garantie par trois fidéjusseurs divise son action entre eux, ce qui a pour effet nécessaire de réduire l'obligation de chacun à une part virile : si dès à présent l'un d'eux est insolvable, la restitution sera accordée contre les deux autres, parce que c'est entre eux deux seulement que le mineur était tenu de faire la division. Tous, au contraire, sont-ils actuellement solvables : les insolvabilités postérieures n'autoriseront pas la restitution ; car ici la loi exigeait d'une manière absolue que le mineur divisât ses poursuites comme il l'a fait (L. 51, § 4 ; L. 52, § 1, *de fidej.*, XLVI, 1) » (2).

De même que le cas fortuit ou les circonstances que nous venons d'énumérer ne peuvent jamais donner lieu à la restitution, ainsi le mineur ne saurait être admis à se faire restituer contre l'acte préjudiciable qui serait le résultat de son dol ou de son propre délit. Nous développerons ce point sous le 2e paragraphe du chapitre suivant.

(1) L. *ult.*, C., *de in integr. restit. min.* XXV *ann.*
(2) Accarias, *op. cit.*, t. Ier, p. 415.

§ II. — POUR QUE LE MINEUR DE VINGT-CINQ ANS PUISSE OBTENIR LA RESTITUTION, IL FAUT QU'AUCUNE AUTRE VOIE DE RECOURS NE LUI PERMETTE D'OBTENIR LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE QU'IL ALLÈGUE.

« Il ne peut jamais être question *d'in integrum restitutio* que là où tout autre moyen fait défaut (1) : *In causæ cognitione,* dit Ulpien, *etiam hoc versabitur, nùm fortè alia actio possit competere citrà in integrum restitutionem : nàm si communi auxilio, et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium : utputa cum pupillo contractum est sine tutoris auctoritate, nec locupletior factus est* » (2).

Ce qui revient à dire que la *restitutio* constitue un recours absolument subsidiaire, *(extraordinarium auxilium)* (3).

Certains textes nous montrent la *restitutio* accordée parallèlement à une autre action (3); nous venons de dire, cependant, qu'elle est un recours subsidiaire. Pour concilier ces deux propositions, ou bien il faut avouer qu'il y a contradiction, ou bien il faut admettre (et c'est la vérité) que le principe posé n'est pas absolu et qu'il faut par conséquent en limiter la portée. Ainsi on pourra dire, rationnellement, que si l'acte est nul *ipso jure,* le mineur con-

(1) DEMANGEAT. *op. cit.*, t. 2, p. 600.
(2) L. 16, *princ.*, D., *de min.* XXV *ann.*
(3) *Ibid.*
(4) L. 16, § 2 ; L. 7, §§ 4 et 11 ; D., *de min.* XXV *ann.*

serve en entier son droit originaire, sa propriété, et, par suite, l'action directe, la revendication. Il ne subit donc aucune lésion et, si la restitution lui était accordée, elle ne lui donnerait rien de plus. Au contraire, quand l'acte a l'existence théorique, il y a lésion, puisque le dit acte a produit son effet; la voie de droit commun qui est alors offerte au mineur ne suffit pas à l'indemniser complètement : c'est dans cette hypothèse que la *restitutio* pourra lui donner une protection plus efficace (1).

Comme application de ce que nous venons de dire, on peut citer, par exemple, le cas où un mineur aliène un immeuble rural, même avec autorisation ou assistance, mais sans le décret du magistrat ; et celui où, dans le droit de Justinien, un mineur a laissé accomplir une prescription au-dessous de trente ans. Dans ces cas, la *restitutio* est refusée au mineur, parce que la protection de droit commun qui lui est accordée est absolument indépendante du caractère de l'acte lésionnaire.

Au contraire, il est d'autres cas dans lesquels la restitution est accordée parallèlement à une autre action (2). Dans ces hypothèses, l'acte dans lequel a figuré le mineur n'est pas nul *ipso jure ;* celui-ci a seulement un moyen de le faire tomber. Ainsi, lorsqu'un jugement est régulier en la forme, il existe *jure civili,* et, s'il n'y a pas infirmation sur l'appel, tous ses effets se produiront. L'appel est un recours qui résulte du jugement même, en ce sens qu'il suppose valable l'acte qu'on veut faire tomber. Or, de tels moye de recours laissent au mineur

(1) L. 16, § 3, D., *de min.* XXV *ann.*
(2) LL. 16, § 2, et 7, § 4 et 11, *ibid.*

le droit d'obtenir la restitution, non-seulement contre la déchéance du droit d'appel résultant du délai expiré, mais encore contre le jugement lui-même ; tandis que le majeur ne pourrait jamais, au contraire, être restitué que contre l'expiration du délai.

Sur le point qui nous occupe spécialement ici, on peut formuler les deux règles suivantes :

— 1° La *restitutio* est inutile au mineur et lui sera refusée, quand celui-ci est protégé de plein droit par une action ou voie de recours ordinaire suffisante pour empêcher la lésion. « Car, ainsi que le fait justement remarquer M. de Savigny (1), le besoin d'un secours extraordinaire qui fait l'essence de la restitution n'existe pas alors, et l'on ne saurait établir l'existence d'une lésion, condition fondamentale de la restitution. »

Comme conséquence immédiate de cette première règle, on refusera la restitution au mineur comme lui étant inutile toutes les fois que l'acte lésif sera nul *jure civili.*

— 2° Si l'acte a fait perdre *jure civili* un droit au mineur, la restitution peut être accordée parallèlement à une autre action. C'est que, dans cette seconde hypothèse, l'action ordinaire qui appartient au mineur offre à celui-ci une protection moins complète ou moins sûre que celle qui lui est donnée par la restitution. Or, « la restitution ne doit pas uniquement nous garantir contre la diminution directe de nos droits, mais aussi contre la transformation d'un droit certain en un droit incertain et

(1) De Savigny, *op. cit.*, t. vii, p. 148-149.

litigieux, sur le résultat duquel il est par conséquent impossible de compter (1). »

Nous trouvons une application de la première des deux règles que nous venons d'énoncer en ce qui concerne :

« 1° — Les actes par lesquels le pupille non autorisé fait sa condition pire ;

2° — Les donations et autres actes faits par un tuteur ou un curateur en dehors de ses pouvoirs ;

3° — Les aliénations prohibées par le sénatus-consulte de Septime-Sévère (2). »

Nous trouvons une application de la seconde règle dans le paragraphe 2 de la Loi 16, D., *de min. XXV ann.*, dont l'explication a donné lieu à de très-vives controverses. Dans le cas prévu par ce texte, la *condictio* accordée à la femme n'est qu'une action personnelle, et, si la promesse a été exécutée, la femme subira les conséquences de l'insolvabilité de l'héritier. Nous savons, en effet, que la promesse n'est pas nulle *ipso jure*, parce que dans la stipulation on ne tient pas compte de la cause finale ; les Romains ont seulement fini par y voir un élément de validité permettant d'opposer une exception ou d'avoir une action personnelle. Dans l'hypothèse du paragraphe 2 de la Loi 16, l'acte n'étant pas nul *ipso jure*, la *restitutio* qui est accordée à la femme parallèlement à la *condictio* lui donnera une action *in rem* rescisoire et anéantira l'acte lésif lui-même.

Prenons un autre exemple se rapportant à notre

(2) De Savigny, *op. cit.*, t. VII, p. 149 et note (t) : » C'est à cela que se rapporte la L. 16, § 2, *de min.* (IV, 4,) dont le sens est très-controversé... »

1) Accarias, *op. cit.*, t. Ier, p. 415.

seconde règle : S'agit-il d'un jugement, l'appel, qui est une voie de droit commun, suppose que l'on a mal jugé, mais ne protège pas le mineur contre sa maladresse ou son imprévoyance ; ce sera donc pour ce dernier un moyen bien moins sûr que la *restitutio*, laquelle a surtout pour but de réparer le préjudice résultant de l'inexpérience de celui qui a été lésé.

De même encore, en cas de violence ou de dol, les actions *de dolo* et *quod metus causâ* sont moins avantageuses que la restitution. Toutefois, il y a lieu d'apporter ici un tempérament, fondé sur la nature même de la *restitutio in integrum*, laquelle produit ses effets contre des actes valables *jure civili* et abstraction faite de la question de bonne ou de mauvaise foi au regard de ceux qui ont contracté avec le mineur. Si donc, ce dernier peut se faire restituer, la restitution devra nécessairement passer avant l'action de dol, laquelle est infamante.

Résulte-t-il des principes que nous venons de formuler, que le mineur devra obtenir la *restitutio* contre les tiers, même si l'acte est imputable à la négligence de son tuteur ou de son curateur, et en supposant que le mineur puisse se faire indemniser par ces derniers? — D'après notre règle, il faut répondre affirmativement ; car l'acte passé n'est pas nul *ipso jure*.

Cependant la question est délicate, si l'on suppose que le tuteur ou le curateur sont solvables, et il surgit alors une controverse.

Une première opinion admet que, dans ce cas, la restitution est encore possible : elle invoque en sa faveur deux arguments. Le premier est un argument de texte, tiré des Lois 3 et 5, au Code, *de in*

integr. rest. min. XXV ann., qui ne distinguent pas. Le second argument est un argument de principe ; il est fondé sur ce que l'action qui est donnée parallèlement peut être moins efficace, au point de vue de la preuve, que la *restitutio ;* car elle oblige à démontrer la faute du tuteur ou du curateur.

La seconde opinion, qui est celle professée par M. Accarias (1), argumente directement de deux textes : — 1° de la Loi 39, § 1er, au Digeste, *de min. XXV ann.* ; — 2° de la Loi 13, § 11, au Code, *de judiciis.* — Aux termes de la première loi, dans le cas où le curateur d'un adolescent a aliéné un immeuble, si ce curateur est « *idoneus* », c'est-à-dire solvable, et si le mineur demande la *restitutio* contre l'acheteur qui a possédé de bonne foi pendant six années, c'est à grand peine « *vix esse restituendum* » que, vu la solvabilité de son curateur, le mineur sera restitué ; et encore faudra-t-il qu'il rembourse toutes les impenses faites par l'acheteur. — Dans l'hypothèse du second texte invoqué par M. Accarias et ceux qui professent son opinion, une instance se trouve périmée par la négligence du tuteur ; dans ce cas, le mineur doit commencer par réclamer une indemnité à son tuteur, et c'est seulement si celui-ci est insolvable que la *restitutio* lui sera accordée. — Enfin, la seconde opinion réfute les arguments invoqués par la première de la façon suivante : Le prétendu argument de principe, dit-on, est une erreur ; ce n'est pas au mineur demandeur à prouver la faute ; il lui suffit d'établir le préjudice, et il appartiendra alors au tuteur seul de prouver

(1) Accarias, *op. cit.*, t. Ier, p. 416.

que lui-même n'est pas en faute. — Quant aux textes, ajoute-t-on, ils ne sont point précis et ne font aucune distinction ; ils ne disent pas au surplus que, dans l'espèce qu'ils visent, la *restitutio* soit possible.

Malgré toutes les raisons données par la seconde opinion, nous préférons nous ranger à la première, qui est celle adoptée par M. de Savigny. Nous ajouterons avec celui-ci que la Loi 39, § 1er, au Digeste, ne contredit pas les Lois 3 et 5, au Code, attendu que cette loi « ne donne pas la solvabilité des curateurs comme motif et comme condition de sa décision. D'ailleurs cette loi ne refuse pas la restitution, elle l'accorde au contraire, pourvu seulement que l'adversaire soit indemnisé de ses dépenses. Sans cette indemnité, le mineur s'enrichirait au dépens d'autrui, et tel ne peut jamais être le résultat de la restitution (1). »

Enfin, ce qui corrobore notre manière de voir, c'est que, malgré les bonnes raisons qu'elle donne, la seconde opinion se croit forcée d'admettre une exception, (qui confirme notre règle), dans le cas où l'objet aliéné aurait pour le mineur un intérêt d'affection (2).

§ III. — JUSTE CAUSE DE RESTITUTION.

La *restitutio*, par cela même qu'elle est un moyen extraordinaire, c'est-à-dire une exception aux règles du droit commun, ne doit être accordée « qu'à ceux auxquels le préteur l'a formellement concédée

(1) De Savigny, *op. cit.*, t. VII, p. 150, renvoi (*u*).
(2) LL. 3 et 5, C., *si tutor vel curator intervenerit.*

et dans les hypothèses spécialement prévues par l'édit (1). »

Nous n'avons pas à énumérer ici les différents motifs de restitution admis par le préteur, puisque nous avons restreint la présente étude à l'un seul de ces cas qui constituent des *justæ causæ restitutionis*. Ce sera la minorité qui, dans l'espèce où nous nous trouvons, formera la *justa causa*.

La Loi 43, au Digeste, *de min. XXV ann.*, dont le texte est très-simple, nous indique nettement qu'il entre dans la *cognitio* d'exiger la preuve de l'âge du demandeur. C'est une question préjudicielle à la *restitutio*, soit que l'on se place au point de vue de la recevabilité même de la demande, soit que l'on ait à se préoccuper de ce qui touche le point de départ du délai pour la former.

Le texte ne nous dit pas qui doit faire la preuve de la minorité. Par les mêmes raisons que nous avons formulées en ce qui concerne la preuve de la lésion, nous dirons sans hésiter que la charge de la preuve incombe ici au demandeur en restitution. Nous serions, du reste, fort embarrassé de décider autrement, en présence des termes si catégoriques de la Loi 9, au Code, *de probationibus*. Le point de savoir comment doit se faire la preuve de l'âge est une question très-importante, tant pour permettre d'apprécier la validité des actes futurs, que pour faire connaître exactement quand a cessé la curatelle.

Un mineur a, le jour anniversaire de sa majorité, passé un acte lésionnaire, mais avant l'heure qui correspond à celle de sa naissance : doit-il être

(1) Didier-Pailhé, t. II, p. 521.

encore considéré comme mineur? Oui, car le délai se calcule de « *momento ad momentum* (1). »

Le terme juridique du délai se confond avec le terme mathématique ; il suffira donc de connaître le moment précis de la naissance, ce qui rentre dans la *cognitio* du magistrat. Une *interrogatio in jure* est admissible de la part de l'adversaire ; et, s'il y a une question litigieuse, le magistrat rend sur ce point un décret spécial.

Il faut étendre notre règle à ce qui concerne la cessation de la curatelle.

Le mode régulier de preuve, ce sont les *natales professiones* (2) ; mais on pouvait aussi recourir aux *censuales* (3) et même à la preuve testimoniale. Ajoutons qu'à défaut d'autre élément de conviction la Loi 32, au Digeste, *de min. XXV ann.*, nous donne à supposer que la preuve aura pu être faite *ex aspectu corporis ;* mais il n'y aura là, bien entendu, qu'une simple présomption.

D'ordinaire on néglige les fractions de jour, et tantôt on abrège le délai en le faisant expirer au minuit qui précède, tantôt on le prolonge en le faisant expirer au minuit qui suit : la distinction a lieu, suivant que l'expiration du délai a pour effet de faire acquérir ou de faire perdre un droit au mineur.

En ce qui concerne, en droit, la valeur du jour intercalaire, la règle est qu'il ne compte pas (4), par suite d'une fiction, et il se confond avec le *regifugium.*

(1) L. 3, § 3, D., *de min.* XXV *ann.*
(2) Cf. L. 2, § 1, D., *de excusationibus.*
(3) Cf. L. 3, *princ.*, D., *de censibus.*
(4) L. 98, D., *de verbor. significat.*

Supposons que le mineur se soit borné à affirmer à quelqu'un qu'il était majeur, on lui refusera la restitution contre les actes dans lesquels il aura engagé quelqu'un par cette surprise. Si, par exemple, il a dissimulé frauduleusement sa qualité de mineur pour contracter un emprunt, il sera assimilé à un majeur et ne sera point restitué, alors même qu'il aurait fait un mauvais emploi de la somme par lui empruntée (1). Ce principe, cependant, souffrirait exception si le mineur, en se déclarant majeur, avait agi de bonne foi.

Ajoutons que le mineur pourrait être restitué contre son *aveu* (2), et que, dans tous les cas, la *restitutio* lui serait accordée contre ceux à qui il a fait la déclaration.

Sous la Loi 3, au Digeste, *de min. XXV ann.*, Ulpien examine l'hypothèse où un mineur a passé un contrat lésionnaire, embrassant plusieurs *actes successifs*, dont les uns ont été faits en minorité et les autres en majorité. Auxquels de ces actes doit-on s'attacher pour décider s'il y a lieu ou non d'accorder la restitution ? — Ulpien pose comme règle générale qu'il ne faut envisager que les derniers actes, et par suite refuser la *restitutio*. Il justifie cette règle par les deux raisons suivantes : — 1° Tant qu'un acte n'est pas achevé, on ne peut pas dire qu'il y ait lésion ; (bien que ce motif ne soit pas expressément énoncé par Ulpien, il résulte de la seconde partie du texte du paragraphe 1er de la Loi 3). — 2° L'autre motif donné par Ulpien, c'est que le vice de lésion peut être effacé par une confirmation même tacite de

(1) L. 3, C., *Si minor se majorem dixerit.*
(2) L. 6, D., *de confessis.*

l'acte ; or l'achèvement de l'acte n'est autre chose qu'une véritable confirmation.

Il est vrai que dans l'espèce proposée par Ulpien, comme application de la règle qu'il énonce à propos des contrats, il ne cite comme exemple qu'un jugement ; et il ajoute que Celse consulté est d'avis qu'en principe il n'y a pas lieu d'accorder la restitution, parce que la lésion ne résulte que du jugement. Mais, s'il est exact de dire qu'en règle générale un contrat se forme *uno momento*, et si l'on rencontre assez rarement un contrat pouvant offrir des actes successifs, il n'en est pas moins vrai qu'il serait facile de trouver l'exemple de contrats fournissant une application de la règle posée par Ulpien. Ainsi, nous pouvons citer le cas où un mineur s'est obligé sous une condition purement potestative, laquelle vient à s'accomplir en temps de majorité, ou bien celui où un contrat qui est formé en temps de minorité n'est exécuté que lorsque le mineur est devenu majeur.

CHAPITRE III

DIFFÉRENTS CAS D'APPLICATION DE LA *RESTITUTIO IN INTEGRUM* AU PROFIT DES MINEURS.

Nous allons nous demander, dans ce troisième chapitre : 1° quels sont les cas dans lesquels la *restitutio* est accordée aux mineurs de vingt-cinq ans; — 2° quels sont ceux dans lesquels elle leur est refusée. — 3° Nous verrons en même temps si le droit à la *restitutio* est transmissible, et, en cas d'affirmative, nous nous demanderons quelles personnes peuvent profiter de la *restitutio* du chef des mineurs. — 4° Enfin nous parlerons des personnes contre lesquelles la *restitutio* peut être demandée.

§ 1er. — CAS DANS LESQUELS LA *RESTITUTIO IN INTEGRUM* EST ACCORDÉE AUX MINEURS DE VINGT-CINQ ANS

Nous avons déjà dit précédemment que la *restitutio*, par cela même qu'elle est un bénéfice extraordinaire accordé par le préteur, ne doit jamais dépasser les limites de la lésion. Nous avons vu aussi que

les mineurs pouvaient être restitués non-seulement contre les actes positifs faits par eux, mais encore contre ceux que, par ignorance ou négligence, ils ont omis de faire pour leur avantage.

La Loi 7, au Digeste, *de min. XXV ann.*, nous indique les principaux contrats dans lesquels la restitution a lieu; le paragraphe premier, dont le texte n'est du reste pas limitatif, cite des exemples de vente, d'achat, de société, de *mutuum*, dans lesquels le mineur a été lésé.

A. — Si le mineur a fait une acquisition désavantageuse, la *restitutio* l'oblige à rendre la chose avec ses fruits; mais le vendeur devra lui rendre de son côté le prix de la vente avec les intérêts qu'il a perçus ou qu'il aurait dû percevoir, « *etiam usuras, quas ex eâ pecuniâ percepit, aut percipere potuit* » (1). Le principe de l'obligation est donc ici le même pour le vendeur et le mineur; la mesure seule est différente, attendu que le mineur ne doit restituer les fruits que dans les limites de son enrichissement.

B. — Si, au lieu d'un achat, le mineur a fait une vente dans laquelle il a été lésé, il recouvrera, au moyen de la *restitutio*, la chose vendue avec les fruits qu'elle a produits dans l'intervalle. Mais le mineur doit, à son tour, restituer le prix qu'il a reçu; car les parties doivent être remises dans l'état de choses primitif, « *ut unusquisque in integrum jus suum recipiat* (2) ».

Et, comme la *restitutio* ne doit pas avoir pour effet d'enrichir le mineur au détriment de son co-contractant, le mineur devra rendre, non-seulement le prix,

(1) L. 27, § 1, D., *de min.* XXV *ann.*
(2) L. 24, § 4, *ibid.*

mais encore les intérêts qu'il aura perçus, ces intérêts devant être considérés comme l'équivalent des fruits (1). Il y a là une compensation équitable. Toutefois le mineur n'est tenu que *quatenùs locupletior factus est*, et, s'il a dissipé le prix reçu, il n'est plus obligé de rien rendre; car il ne s'est pas enrichi au détriment de l'acheteur. Si cependant l'acheteur avait fait à la chose vendue par le mineur de sérieuses améliorations, il devrait être remboursé de ses impenses (2).

C. — Si le mineur a contracté une *société*, la *restitutio* lui fournira le moyen de reprendre ses apports.

D. — Dans l'hypothèse de *mutuum*, il faut, en principe, supposer que le mineur est *sui juris* : on appliquera, là encore, la règle générale aux termes de laquelle chaque partie doit être rétablie dans sa situation antérieure à l'acte.

Si le mineur a perdu ou dissipé, en totalité ou en partie, la somme empruntée, la *restitutio* lui permettra de ne point rendre ce qu'il a perdu. Mais si, au lieu de dissiper la somme, le mineur l'a prêtée à un tiers peu solvable, il doit rendre ce qu'il peut, c'est-à-dire céder son action contre son propre débiteur.

Si le mineur a employé la somme qu'il a empruntée à acheter un fonds, mais à des conditions trop onéreuses, il a, dans cette hypothèse, la *restitutio* contre son vendeur, et par suite elle lui serait superflue contre son prêteur (3). De cette façon le vendeur

(1) L. L. 27, § 1, et 47, § 1, *ibid.* ; — et *Pauli Sentent.*, I, 9, § 7.
(2) L. 39, § 1, D., *de min.* XXV *ann.*
(3) L. 27, § 1, *ibid.* ; — *Sic* : DE SAVIGNY, *op. cit.*, t. VII, p. 274,

reprendra son fonds et en remboursera le prix au mineur, qui le remettra lui-même au prêteur.

E. — Dans le cas de *réception d'un paiement*, la restitution est-elle possible, et, si oui, le sera-t-elle toujours? — Nous répondrons en établissant à ce propos trois hypothèses :

1re hypothèse : — *Paiement fait au mineur seul.* — Une sous-distinction s'impose. Si on a payé à un pupille, le paiement n'est pas libératoire *jure civili*, sauf la restriction qui peut résulter de l'enrichissement du pupille. Si, au contraire, c'est un adolescent qui a reçu le paiement, la restitution peut lui être accordée. Ulpien nous indique ici les moyens d'éviter le danger (1) : le débiteur a le droit d'exiger la nomination préalable d'un curateur, et il peut, en outre, au moyen de la consignation dans un temple, éviter l'accumulation des intérêts; ce qui, d'autre part, empêche le mineur de perdre l'argent.

2e hypothèse : — *Le débiteur a payé au curateur.* — Le paiement, dans ce cas, est évidemment régulier *jure civili ;* mais va-t-il échapper à la *restitutio ?* Certains auteurs, dont nous avons combattu l'opinion, n'admettent la restitution que d'une façon subsidiaire, c'est-à-dire lorsque le curateur aura été préalablement attaqué, et seulement s'il est insolvable. Nous avons plus haut indiqué les motifs pour lesquels nous n'admettons pas cette restriction. Quoi qu'il en soit, les conséquences de la *restitutio*, dans notre seconde hypothèse, seront graves. On pourrait même presque dire qu'en théorie celle-ci est injuste, étant donnée surtout la nature du paiement, qui est,

(2) L. 7, § 2, *de min.* XXV ann.

dans notre espèce, un acte obligatoire pour le débiteur; ce qui fait dire au jurisconsulte Paul que la restitution doit s'accorder plus difficilement en cas de paiement qu'en cas de prêt, puisque dans le premier cas le débiteur peut être forcé d'acquitter sa dette (1).

3e hypothèse : — *Le paiement est fait au mineur seul, sur l'ordre du magistrat.* — Y aura-t-il, dans ce cas, lieu à restitution? Les raisons de douter, d'après Ulpien, seraient les suivantes : — 1° il est possible que le mineur ait perdu l'argent provenant du paiement qu'on lui a fait; — 2° il est de principe que les décrets n'empêchent pas la restitution; — 3° enfin, il était facile au débiteur de faire appel de la décision du magistrat qui lui faisait grief. — Malgré ces objections Ulpien admet que le paiement, lorsqu'il a été autorisé par une décision de justice, est parfaitement libératoire, alors même qu'il a été fait au mineur seul; en conséquence, Ulpien refuse ici au mineur la restitution.

F. — Dans le cas d'*intercessio,* par voie d'obligation personnelle ou réelle, on appliquera encore le droit commun : le mineur obtiendra la restitution (2). On pourrait objecter que, le mineur ayant un recours contre le débiteur principal, la restitution lui sera inutile; mais nous répondrons que le texte du paragraphe 3 de la Loi 7, *de min. XXV ann.,* ne distingue pas, et que, d'autre part, dans le contrat qui nous occupe, c'est surtout la personne du *reus* qu'on a eue en vue. Pomponius, cependant, avait proposé de faire une distinction, suivant que l'*intercessio*

(1) L. 24, § 4, D., *de min.* XXV *ann.*
(2) L. 7, § 3, D., *de min.* XXV *ann.*

aurait été ou non approuvée par des arbitres; mais cette distinction est repoussée par Ulpien, qui accorde la *restitutio* sous la seule condition de la preuve d'une lésion de la part du mineur.

G. — Si, par suite d'une *novation* défavorable au mineur, celui-ci a substitué à son ancien débiteur un nouveau débiteur insolvable, il conservera sa créance et son action contre le débiteur primitif (1).

H. — Si un tiers a donné *mandat* à un mineur *sui juris*, celui-ci peut se faire restituer contre l'acceptation même du mandat et les obligations qui en découlent entre le mandant et le mandataire. Mais, en ce qui concerne les actes passés avec les tiers en exécution du mandat, la *restitutio* sera refusée, excepté cependant si le mandant était solvable. Dans cette hypothèse, en effet, les tiers pourront attaquer le mineur mandataire, et c'est en définitive sur le mandant que le préjudice retombera. On peut dire, en règle générale, que la *restitutio* sera refusée toutes les fois que la perte devra être définitivement supportée par le majeur; elle sera accordée dans le cas contraire, que le mineur soit mandant ou mandataire (2).

I. — Supposons le cas où un mineur a agi non plus comme mandataire, mais comme *negotiorum gestor:* la gestion est supposée valable *jure civili*. Dans ce cas le gérant sera-t-il restitué contre la gestion elle-même; en outre, sera-t-il restitué contre les actes passés avec les tiers? Il faut répondre, (et c'est ici une différence avec le mandat), que le mineur ne sera pas restitué contre la gestion, et cela afin de

(1) L. 27, § 3, D., *de min.* XXV *ann.*
(2) Cf L. 23, D., *de min.* XXV *ann.*

ne pas causer au majeur un dommage immérité, « *ne majori damnum accidat* (1) », la gestion ayant eu lieu à son insu. Au contraire, il pourra être restitué contre les actes passés avec les tiers; il aura, dans ce cas, intérêt à la restitution. Si, en effet, la gestion n'a pas été utile, non-seulement le maître n'est tenu à aucune indemnité, mais il a même une action en responsabilité contre le mineur, si celui-ci a commis des fautes. Le texte de la Loi 24, *princ.*, indique toutefois un palliatif : au lieu de payer, le mineur peut céder au maître le droit à la *restitutio* qu'il peut avoir contre les tiers avec lesquels il a contracté.

J. — S'agit-il d'une *transaction* (2), la restitution obtenue par le mineur fait renaître pour les deux parties le droit litigieux ; cela tient à la nature même de la transaction, qui est un acte unique, indivisible. L'effet de la rescision d'une transaction varie, suivant que le droit litigieux a été ou non éteint par pacte de remise (*acceptilatio*).

K. — Si une *usucapion* s'était accomplie au préjudice du mineur, la restitution ferait rendre à celui-ci la chose à propos de laquelle il aurait été lésé, avec tous les fruits qu'elle aurait produits dans l'intervalle (3).

L. — Notons un cas dans lequel la restitution a lieu à propos d'un genre de lésion tout particulier, consistant dans la perte d'un *status*. L'hypothèse à laquelle nous faisons allusion se trouve rapportée dans le paragraphe 6 de la Loi 3, au Digeste, *de*

(1) L. 24, *princ.*, *de min. XXV ann.*
(2) LL. 1 et 2, C., *si adv. transact.*
(3) LL. 28, § 6, et 29, D., *ex quibus causis majores* XXV *ann.*

min. XXV ann. Un mineur s'est-il donné en adrogation ; si nous supposons celle-ci régulière en la forme, mais ayant causé une lésion au mineur, la *restitutio* sera possible à ce dernier et elle aura pour effet de contraindre l'adrogeant à émanciper le mineur et à lui rendre toute sa fortune.

A ce propos, sous le § 6 de la L. 3, Ulpien rapporte l'exemple d'un jeune homme qui aurait été adrogé par un tiers de mauvaise foi, lequel aurait eu pour but unique de se servir de l'adrogation comme d'un moyen pour réaliser un marché avantageux en dépouillant le mineur de son patrimoine.

En conséquence, ainsi que le fait remarquer M. de Savigny (1), « il nefaut pas dire que toute *capitis deminutio* échappe à la restitution, comme cela semble résulter de la Loi 9, § 4 ». Il est vrai qu'on peut faire remarquer que la Loi 9 s'occupe seulement du *status libertatis* et *civitatis*, c'est-à-dire d'un point de droit public, de telle sorte que l'opposition entre la Loi 3, paragraphe 6, et la Loi 9, paragraphe 4, serait plus apparente que réelle.

M. — Nous arrivons à une importante application de la restitution : nous voulons parler de tout ce qui concerne la matière des *successions*.

Qu'il s'agisse de répudiation ou d'adition, d'une immixtion ou d'une simple omission qui soit désavantageuse, et cela à propos d'une succession civile ou prétorienne, peu importe : la restitution est accordée dans le sens le plus large.

Supposons que le mineur ait d'abord répudié une succession avantageuse, et qu'il ait ensuite obtenu

(1) D' Savigny, *op., cit.*, t. VII, p. 132, note (p).

la restitution (1) : il n'est considéré que comme un *bonorum possessor*. « La restitution ne le constitue pas véritablement héritier, ce qui est impossible ; mais elle lui rend, à titre de *utiles actiones*, toutes les actions qu'il aurait eues comme héritier, c'est-à-dire qu'elle crée un droit de succession fictif (2) ». Toutefois, le mineur ainsi restitué est tenu de respecter tous les actes relatifs à la succession qui ont été faits régulièrement, par exemple ceux émanant du *curator bonorum*.

Si on suppose un héritier sien, qui s'est abstenu et qui a ensuite été restitué, il reprend la succession à titre d'héritier, mais il doit encore accepter comme valables tous les actes qui ont été régulièrement faits dans l'intervalle.

Un mineur héritier sien s'est abstenu et il a obtenu la *restitutio* contre son abstention, puis il s'est immiscé : il pourra, dans ce cas, obtenir une nouvelle restitution pour revenir à l'abstention.

Un mineur héritier externe a d'abord répudié, puis il obtient la *restitutio* et fait adition : il pourra encore obtenir la *restitutio* pour revenir à la répudiation. — Ces hypothèses sont prévues par le paragraphe 9 de la Loi 7, au Digeste, *de min, XXV ann.*

La règle est donc qu'une première *restitutio* n'empêche pas une seconde *restitutio* qui en détruise l'effet ; cette hypothèse peut se concevoir, en ce sens qu'il n'y avait pas en réalité lésion dans le premier cas, ou bien que la lésion était inférieure à celle qui résultait de la première restitution elle-même.

(1) LL. 7, § 9, et 22, § 2, D., *de min.* XXV *ann.*

(2) DE SAVIGNY, *op. cit.*, t. VII, p. 276. — *Sic :* L. 7, § 10 *in fine*, D., *de min.* XXV *ann.* ; et L. 21, § 6, D., *quod metûs causâ gestum erit.*

Le paragraphe 2 de la Loi 24 nous indique une circonstance particulière qui peut faire refuser la *restitutio ;* il s'agit du cas où un mineur a fait à la légère une répudiation d'hérédité ou bien a laissé expirer le délai utile. Selon que les choses seront ou non demeurées entières, le mineur est restitué ou bien il est forclos.

Les principes que nous venons de poser pour le cas de répudiation sont les mêmes lorsqu'il s'agit de la restitution contre l'acceptation d'une succession. « Celui que l'on restitue est et demeure héritier, mais seulement en vertu d'une fiction (1). » Si donc un héritier externe a fait adition, la restitution qui lui sera accordée aura pour conséquence de le faire traiter comme s'il n'était pas héritier, « *ut se possit abstinere* » (2). C'est qu'il lui est impossible d'anéantir le titre qu'il a pris. Il sera donc traité comme un héritier sien qui reste étranger à la succession. En conséquence, il devra rendre, à celui qui vient à la succession grâce à la restitution, « tous les biens de la succession qu'il a recueillis et tous ceux qu'il est coupable de n'avoir pas recueillis ou d'avoir laissé périr (3). »

Supposons qu'avant d'avoir obtenu la restitution contre l'adition, le mineur ait acquitté des legs, ou qu'il ait affranchi des esclaves en exécution d'un fidéicommis, ou bien que des esclaves se soient trouvés affranchis de plein droit par le fait de son acceptation : le mineur sera-t-il alors tenu de rembourser à l'héritier, c'est-à-dire au *bonorum possessor*

(1) De Savigny, *op. cit.*, t. vii, p. 277.
(2) L. 7, § 5, D., *de min.* xxv *ann.*
(3) de Savigny, t. vii, p. 277. — *Sic* : L. 7, § 5, D., *de min.*, xxv *ann.* ; et L. 1, § 2, C., *de reputat.*

(car en principe le mineur reste héritier), la valeur des legs payés ou des esclaves affranchis? — Il faut dire que le mineur ne doit aucune indemnité, « *a minore refundenda non sunt* (1) ; » car il ne répond pas, en principe, de l'imprudence qu'il a eue de faire adition ; il répondrait seulement de son dol.

La restitution contre l'acceptation d'un legs est chose possible ; mais, en fait, elle se produira peu fréquemment ; car il est assez rare de voir un legs qui soit une cause de lésion pour le légataire, celui-ci n'étant pas en général tenu des dettes. La Loi 33, au Digeste, cite l'exemple d'un legs qui serait grevé d'un fidéicommis excessif. Dans cette hypothèse, si la charge excessive est de même nature que l'objet légué, la restitution sera inutile, car le légataire n'est pas tenu de plein droit. Si on suppose, au contraire, que la charge excessive soit d'une nature différente ; si, par exemple, un legs de 500 a été fait à charge de remettre sa propre maison et que le legs ait été accepté, il faudra remettre la maison quand bien même elle vaudrait 1,000 ; car, par le fait de son acceptation, le légataire est censé estimer lui-même sa maison à 500 au plus.

C'est un cas de ce genre qui est prévu par le texte de la Loi 33, *de min. XXV ann.* : il s'agit de l'affranchissement de son propre esclave. Si, dans cette hypothèse, le fiduciaire était majeur, il n'aurait qu'un droit : refuser le legs au début. Si, au contraire, il est mineur, la *restitutio* est possible contre l'acceptation du legs, mais à la condition de rem-

(1) L. 22, D., *de min.* XXV *ann.*

bourser à l'héritier la valeur léguée. Il faut supposer toutefois que l'affranchissement n'a pas encore eu lieu ; la restitution placera alors le mineur dans la situation d'un majeur qui n'aurait pas encore accepté. Accurse a prétendu que, si le mineur avait opéré l'affranchissement, il aurait une action en indemnité contre l'héritier : c'est là une erreur. Car l'héritier est tenu de la seule obligation de remettre la chose léguée ; il ne doit rien autre chose, excepté dans le cas où il y aurait eu dol de sa part ou de la part de l'affranchi.

N. — Nous terminerons ce que nous avons à dire sous ce 1er paragraphe, en traitant de ce qui concerne la restitution contre les *jugements*.

La restitution a lieu en cette matière, quel que soit le rôle du mineur ; qu'il soit demandeur ou défendeur, cela importe peu.

Toutefois on doit toujours maintenir le principe général, c'est-à-dire qu'on doit exiger la preuve d'une lésion ; en d'autres termes, il faut au moins que la cause soit bonne, et on doit supposer que le mineur aurait gagné son procès s'il eût été mieux défendu. C'est pourquoi, (et cela constitue une différence entre la voie de la *restitutio* et celle de l'appel), le jugement est considéré comme non avenu. La restitution ne fait pas supposer nécessairement un jugement mal rendu, mais une défense insuffisante.

Il n'y a pas à distinguer si le jugement contre lequel la restitution est demandée a été ou non prononcé par le magistrat qui est appelé à statuer sur la demande de restitution. Dans la restitution, en effet, ainsi que nous l'avons dit, on s'en prend à soi-même et non au juge ; c'est ce qui explique pour-

quoi on peut, si on le veut, diriger l'action en restitution devant le magistrat lui-même et contre sa propre sentence. Ce motif explique aussi pourquoi le préfet du prétoire peut restituer contre sa décision, alors qu'on ne pourrait attaquer celle-ci par la voie de l'appel. Le préfet est au sommet de la hiérarchie judiciaire ; il juge au lieu et place de l'empereur, *vice sacrâ* ou *vice principis ;* il ne saurait donc être permis de critiquer sa sentence par la voie de l'appel, car ce serait critiquer le préfet lui-même et l'empereur dont il est le représentant, l'appel contenant de sa nature une « *iniquitatis sententiæ querelam* (1) ». La restitution, au contraire, suppose un préjudice dû à l'inexpérience du mineur ou au dol de son adversaire ; conséquemment, puisqu'on ne s'en prend pas au juge, il n'y a pas de raison pour qu'on ne puisse retourner devant lui. Puisque nous parlons incidemment de la compétence du préfet du prétoire, disons que sa sentence est susceptible d'une autre voie de recours, la « *supplicatio* », sorte de révision qui peut être confiée au préfet lui-même.

Un mineur est restitué contre le jugement rendu sur l'action *tutelæ directa :* la restitution n'entraine pas rescision du jugement rendu sur l'action *tutelæ contraria ;* car ces deux actions, quoique résultant du même fait, sont indépendantes l'une de l'autre (2).

Un mineur demande la *restitutio* contre certains chefs du jugement ; l'adversaire peut-il exiger que la *restitutio* s'étende à tous les chefs ? — Cette ques-

(1) L. 17, D., *de min.* XXV *ann.*
(2) L. 28, *ibid.*

tion est posée dans la Loi 29. — Il faut répondre avec Modestin que, si le chef du jugement contre lequel la restitution est demandée n'est point lié aux autres chefs de la même décision par un lien de connexite ou d'indivisibilité, il n'y a pas de raison d'admettre la prétention de l'*actor*, la *restitutio* ne devant pas alors profiter au majeur. En principe, donc, il pourra y avoir, dans un jugement, à propos de la restitution, autant de décisions que de chefs distincts, pourvu que ceux-ci ne soient ni connexes ni indivisibles (1).

Dans le cas où le mineur aurait été condamné *quasi contumax*, « comme il n'était point nécessaire que le jugement fût précédé d'aucune information sur les excuses que le contumax pouvait avoir à invoquer, la *restitutio in integrum*, soit de ce chef, soit pour toute autre cause en général, était ici beaucoup plus facilement admise qu'à l'égard d'une *sententia inter præsentes dicta* (2). »

La restitution est donnée, en général, quand une partie a oublié de faire insérer dans la formule l'exception péremptoire ; il est douteux au contraire qu'elle puisse l'obtenir s'il s'agit simplement d'une exception dilatoire (3). En ce qui concerne spécialement le mineur, « si, se trouvant partie dans un procès, il avait omis de faire valoir, ou avait, au contraire, laissé introduire à tort contre lui dans la *formula* une *exceptio, replicatio, præscriptio* ou autre moyen semblable, ou s'il n'avait pas choisi l'*actio* convenable, ou avait laissé mettre une *condem-*

(1) L. 29, § 1, D., *de min.* XXV *ann.*
(2) De Keller, *De la procédure civile et des actions chez les Romains* (traduction de Charles Capmas) : p. 320-321.
(3) Cf. Demangeat, *op. cit.*, t. II, p. 785.

natio trop élevée ou respectivement trop faible, ou commis toute autre méprise, il pouvait, sans aucun doute, et plus facilement, en général, que tout autre, obtenir *restitutio in integrum*, mais la *restitutio*, dans tous ces cas, ne présentait d'ailleurs, à son égard, sous le rapport des moyens de réalisation, rien de particulier. En un mot, dans la *restitutio minorum*, dont la marche en cela ressemblait à celle des autres *restitutiones*, le préteur décidait seul, d'après son appréciation, le point capital, le *punctum saliens*, c'est-à-dire l'octroi ou le refus de la *restitutio in integrum* contre telle affaire, et donnait à sa décision tout l'effet nécessaire ; mais en même temps il réservait, autant que possible, et renvoyait aux voies ordinaires, toutes les questions indépendantes de la *restitutio*, qui pouvaient surgir à l'occasion de cette dernière (1). »

Le paragraphe 11 de la Loi 7, au Digeste, *de min. XXV ann.*, nous dit que les mineurs peuvent être restitués contre la déchéance du droit d'appel résultant de l'expiration du délai.

Mais ce texte n'est plus applicable sous Justinien, puisque celui-ci décida que toute prescription inférieure à trente ans ne courrait pas contre les mineurs. — Cependant, dira-t-on, cette règle, due à l'innovation de Justinien, est-elle applicable au délai d'appel ? Il faut répondre affirmativement ; car ses termes sont généraux, et le motif qui est donné est concluant : il vaut mieux empêcher le délai de courir que d'avoir à remédier à une déchéance au moyen de la restitution (2). Quoi qu'il en soit, le texte du paragraphe

(1) De Keller, *op. cit.*, p. 370-371.
(2) L. 5, C., *in quibus causis in integr.*

11 de la Loi 7 prouve que, avant Justinien, le délai d'appel courait même contre les mineurs.

§ II. — Cas dans lesquels la *restitutio* est refusée au mineur.

Nous avons dit, sous le § 1er de notre chapitre II, que le mineur ne pouvait obtenir la *restitutio* qu'à la charge de prouver une lésion suffisamment grave, résultant de l'acte lui-même.

Nous avons ajouté que le cas fortuit et certaines autres circonstances ne pouvaient jamais donner lieu à la *restitutio,* et nous avons terminé en disant que le mineur ne saurait être admis à se faire restituer contre l'acte préjudiciable qui serait le résultat de son dol ou de son propre délit. C'est ce dernier point qui doit trouver ici sa place et que nous allons développer.

La Loi 9 et la Loi 37, au Digeste, *de min. XXV ann.,* nous fournissent à ce sujet un certain nombre d'exemples.

Si, en matière de délit, la restitution est refusée, dans le cas même où le mineur n'aurait rien reçu ou n'aurait pas profité du tort qu'il a causé, c'est qu'il y a là une raison d'ordre public.

Le mot délit doit être pris dans un sens spécial. Il est peut-être difficile de distinguer le délit du quasi-délit ; mais dans les hypothèses prévues par le paragraphe 2 de la Loi 9, il s'agit de faits préjudiciables, dolosifs, commis avec *intention de nuire,* auxquels le texte assimile le dol contractuel lui-même. Cependant, à un autre point de vue, il y a lieu d'apporter une restriction au principe que nous venons de poser,

et il faut dire que tous les délits civils du droit romain n'échappent pas à la *restitutio*. Celle-ci paraît être accordée par un certain nombre de textes, lorsqu'il y a eu simple imprudence (1). Le texte du paragraphe 5 de la Loi 9, dans lequel il s'agit d'un délit de contrebande relevé contre un mineur, fait parfaitement ressortir la distinction entre le dol et la simple faute ou *culpa*. Pour le *furtum*, la *rapina*, l'*injuria*, la *restitutio* sera toujours refusée. C'est en cas de *damnum* seulement qu'il faut distinguer.

Le texte du paragraphe 2 de la Loi 9 apporte un tempérament à la sanction que nous venons d'indiquer, et cela pour éviter une application trop rigoureuse de la peine. Ainsi, l'action *Legis Aquiliæ*, nous le savons, aboutit au double en cas d'*inficiatio*. Or, si le mineur, au lieu d'avouer le fait dont il est l'auteur, a préféré nier, il obtiendra la restitution contre sa négation, « *ut pro confesso habeatur* », et il ne sera condamné qu'au simple. Cela est rationnel : car il n'y a plus alors de fait dolosif, mais une simple imprudence, attribuée à la légèreté du mineur.

De même, dans le cas de l'action *furti*, qui est donnée tantôt au double, tantôt au quadruple, nous savons qu'elle s'éteint de plein droit par le pacte de remise ou par la transaction. Si le mineur, qui aurait pu transiger *(pro fure damnum decidere)*, et éviter la condamnation au double, a commis l'imprudence de ne pas régler à l'amiable le dommage résultant du vol, la restitution sera possible et il sera traité comme s'il avait transigé. Notons toutefois que, pour que la *restitutio* puisse produire son effet, le mineur devra

(1) L. 9, § 5, D., *de min.* XXV *ann.* ; — L. 1, C., *si adversus delictum*.

prouver que son adversaire était prêt à transiger et que, d'autre part, il est prêt lui-même à fournir le montant de la transaction.

Nous pourrions fournir, avec les textes, un très-grand nombre d'exemples dans lesquels la restitution est refusée. Citons, notamment, le cas où l'un des époux a amené le divorce par sa faute pour éviter certaines peines pécuniaires ; attendu que, dans cette hypothèse, il y a un « délit non modique ». Il en serait de même en cas d'adultère et d'inceste. Enfin ajoutons, avec M. de Savigny, que « jamais il n'y a lieu à restitution contre un mariage contracté (1). »

La restitution sera refusée, (nous ne pouvons nous dispenser de le rappeler en passant,) en cas d'esclavage encouru *jure civili*, dans l'hypothèse célèbre où un majeur de vingt ans s'est fait vendre par un complice en vue de partager le prix de la vente. Il est de principe, en effet, qu'il n'y a pas de restitution possible dans une question de *status*, lorsque celui-ci concerne le droit public, (excepté cependant dans le cas d'adrogation).

C'est également un principe de droit public, qu'aucune restitution ne peut être prononcée par le préteur contre un affranchissement. Ainsi, un esclave a été vendu par un mineur, et l'acquéreur l'a affranchi ; la *restitutio* est dès lors impossible même contre la vente. Ainsi encore, un jugement rendu en faveur de la liberté ne peut qu'être frappé d'appel.

C'est à cause de l'affranchissement, « *ob hoc* » (2), que la vente échappe à la *restitutio* ; toutefois, si le vendeur avait inséré une clause expresse défendant d'affranchir, l'affranchissement serait nul et la *res-*

(1) Cf. De Savigny, t. VII, p. 147.
(2) L. 48, § 1, D., *de min.* XXV *ann.*

titutio contre la vente deviendrait possible. Enfin, disons que le mineur conserve contre l'acheteur une action personnelle (*venditi*), pour se faire indemniser de tout l'avantage qui lui est enlevé ; en outre, si l'affranchissement avait été le résultat de manœuvres, l'action *de dolo* serait donnée, contre l'esclave affranchi, (L 11, *princ.*, D., *de min.* XXV *ann.*), au vendeur qui aurait découvert après coup les manœuvres dolosives.

Nous avons dit plus haut que la restitution serait possible, si le délit était peu grave, c'est-à-dire s'il n'y avait qu'une simple *culpa* non intentionnelle ; mais que, si le délit était intentionnel, le résultat importait peu : dans ce dernier cas la restitution est toujours refusée. Pour terminer nos observations sur ce point, nous devons, avec le paragraphe 1er de la Loi 37, D., *de min. XXV ann.*, rappeler que l'âge peut être pris en considération pour amener une atténuation dans la peine prononcée par le juge, mais, bien entendu, en supposant qu'il s'agisse d'une peine arbitraire laissée à l'appréciation de ce dernier. Ainsi, par exemple, le mineur coupable d'adultère ne bénéficiera d'aucune atténuation de peine, à cause de la gravité du crime et ensuite parce que cette peine, non arbitraire, est fixée par la Loi *Julia de adulteriis.*

§ III. — LE DROIT A LA *RESTITUTIO* EST-IL TRANSMISSIBLE, ET, EN CAS D'AFFIRMATIVE, QUELLES PERSONNES PEUVENT EN PROFITER DU CHEF DES MINEURS ?

Il est bien certain que le droit à la restitution qui est accordée pour minorité est transmissible, nous

pouvons même ajouter immédiatement qu'il est cessible. C'est que, en effet, ce privilège protège des droits qui sont inhérents au patrimoine ou au *status familiæ*, c'est-à-dire qui touchent à des intérêts pécuniaires. La règle que la *restitutio* est transmissible est nettement posée dans le paragraphe 9 de la Loi 3, au Digeste, *de min. XXV ann.*, et elle est confirmée par plusieurs textes, notamment par la Loi 6, au Digeste, *de in integrum restitutionibus*, et par les Lois 2 et 4, au Code, *de temporibus in integrum restitutionis*.

Le texte du paragraphe 9 de la loi 3 contient en réalité deux règles, l'une explicite, l'autre implicite. Aux termes de la première règle, le *paterfamiliâs* peut, après le décès du *filiusfamiliâs*, obtenir la restitution du chef du mineur ; il est « *quasi heres* ». La règle implicite consiste en ce que l'héritier de celui qui a droit à la *restitutio* succède à son auteur : c'est le principe même de la transmissibilité du droit. C'est ce principe qui, nous venons de le dire, est confirmé par un certain nombre de textes. Ainsi, le bénéfice de la restitution se transmet à l'*heres* du *jus civile*, à l'*heres* appelé par les sénatus-consultes ou les constitutions, à l'héritier testamentaire du *filius* qui a testé sur son pécule castrense, aux successeurs prétoriens. On cite encore le *quasi heres* auquel un fidéicommis a été restitué en vertu du sénatus-consulte Trébellien, et aussi le patron, en supposant le cas où un affranchi mineur de vingt-cinq ans retombe en esclavage à titre pénal, (par exemple pour cause d'ingratitude) ; mais il ne faudrait pas considérer comme héritier, à ce point de vue, l'adrogé impubère.

Certaines particularités, qui sont indiquées par la Loi 19, au titre *de min. XXV ann.*, peuvent se produire, notamment dans le cas où l'héritier lui-même est mineur ; nous en parlerons plus loin, en traitant des conditions de durée de la *restitutio*.

Si nous revenons à la décision explicite contenue dans le texte du paragraphe 9 de la Loi 3, nous devrons faire remarquer qu'il ne s'agit là ni du pécule adventice, ni du pécule quasi-castrense. Il ne pourrait être question que du pécule profectice ou du pécule castrense ; mais duquel des deux s'agit-il ? Plusieurs interprétations ont été proposées, notamment par Cujas, et, en sens contraire, par Antoine Fabre. Le cadre, nécessairement restreint, de cette étude ne nous permet pas d'entrer dans les détails de la controverse, que nous nous bornerons à signaler.

Nous avons dit que le droit à la *restitutio* était non-seulement transmissible, mais encore cessible à titre particulier (1). Il est même des cas où cette cession peut être exigée du mineur. Supposons, par exemple, que celui-ci, sans avoir reçu aucun mandat, ait administré d'une façon dommageable les affaires d'un majeur à l'insu de ce dernier, non-seulement, ainsi que nous l'avons dit plus haut, le mineur devra indemniser le maître et sera responsable même de ses simples fautes, mais il pourra être contraint de céder au maître le droit à la *restitutio* qui lui appartient contre les tiers avec qui il a traité. Le procédé de *cessio* est la *procuratio in rem suam;* cette *cessio* pourra être exi-

(1) L. 25, D., *de admin. et peric. tutor.;* — L. 20, § 1, *de tutelæ et rat.distrah,*

gée au moyen de l'action *negotiorum gestorum directa* (1).

Gaïus permet au *paterfamiliàs* de demander la *restitutio* de son fils. C'est une dérogation à la règle de la procuration spéciale; mais Gaïus motive sa décision sur l'intérêt du père, « *periculum patris* », celui-ci étant tenu *de peculio*. Le *paterfamiliàs* peut demander la *restitutio* « *omni modo* », c'est-à-dire même du vivant de son fils et contre son gré (3) : c'est l'application extrême du principe qui veut que le père acquière les droits de son fils.

L'opinion de Gaïus, qui a été soutenue par Cujas, semble contredite par Ulpien sous le § 4 de la Loi 3, au Digeste, *de min. XXV ann.* Nous répondrons que les textes peuvent se concilier et que la contradiction n'est qu'apparente : en effet, l'opinion de Gaïus a bien pu être admise dans l'ancien droit, mais pour être abandonnée plus tard à l'époque d'Ulpien. Ce qui permet à M. de Savigny de dire que « pour le cas de puissance paternelle, il existe une règle fort simple et absolue : le mineur doit être restitué contre tous les actes qui lui causent préjudice, sans que la restitution puisse jamais profiter au père. (L. 3, § 4 ; — L. 23, *de min.* (2); » et ailleurs : « Le mineur obtient cette restitution, contre ses propres actes, comme s'il n'était pas soumis à la puissance paternelle, pourvu (et cette condition s'applique à toutes les restitutions) qu'il y ait un intérêt; le père ne doit tirer aucun avantage de cette restitution, et

(1) Cf. L. 24, § 1, D., *de min.* XXV *ann.*
(2) L. 27, *princ. ibid.*
(3) De Savigny, *op. cit.*, t. VII, p. 158.

par conséquent il ne peut l'invoquer pour lui-même (1) ».

Nous venons de mentionner la Loi 3, § 4, au Digeste, *de min. XXV ann.* Cette loi a donné lieu à une assez vive controverse, qui a été examinée par M. de Savigny dans une étude séparée formant l'appendice XVIII[e] qui se trouve placé à la fin de Tome VII[e] de son *Traité de Droit Romain.* Nous ne saurions mieux faire que de reproduire *in extenso* la conclusion donnée par le savant maître : « Les mineurs obtiennent restitution contre leurs actes juridiques, quand ils sont soumis à la puissance paternelle, lors même que l'acte aurait été fait avec le consentement ou par l'ordre du père. Cette règle n'a jamais été mise en doute.

« Mais la plupart des auteurs admettent une exception à cette règle pour le cas où il s'agit d'un prêt d'argent. Suivant eux l'ordre donné par le père exclut alors absolument la restitution du fils.

« Néanmoins cette exception n'est nullement justifiée par les principes généraux du droit. On prétend l'établir sur un texte d'Ulpien (2) et sur un rescrit de l'empereur Gordien (3), mais en attribuant à ces deux textes un sens que repousse une saine interprétation.

« Ainsi donc nous devons absolument rejeter l'exception dont il s'agit (4). »

Nous terminerons ce que nous avons à dire sous ce second paragraphe de notre chapitre II[e], en nous occupant de ce qui a rapport aux cautions et en

(1) De Savigny, t. VII, p. 283, (append. XVIII).
(2) L. 3, § 4, D., *de min.* XXV *ann.*
(3) L. 1, al. 2, C., *de fil. fam. minore.*
(4) De Savigny, *op. cit.*, t. VII, p. 292.

nous demandant si celles-ci peuvent obtenir la *restitutio* du chef du mineur qu'elles ont cautionné.

Cette question, comme le fait justement remarquer M. de Savigny, est « très-controversée et très-compliquée (1) ».

« Le mineur, dont la dette a été garantie par une caution, se trouve impliqué dans un double rapport de droit, vis-à-vis du débiteur primitif et vis-à-vis de la caution, qui, si elle acquitte la dette, soit par suite d'une condamnation, soit volontairement, a toujours son recours régulier contre le débiteur principal, [en vertu de *l'actio mandati* ou *negotiorum gestorum,* selon que le débiteur avait ou n'avait pas connaissance du cautionnement. *L. 6,* § *2;* L. 18, *mand.*, (XVII, 1); *L. 43, de neg. gest.*, (III, 5).] Le débiteur mineur est, s'il le veut, également protégé par la restitution contre ces deux actions; la question pratique se réduit donc à savoir qui doit en définitive supporter la perte, le créancier ou la caution (2). »

Si le *reus* mineur a donné un fidéjusseur et que, poursuivi par le créancier, il ait obtenu la *restitutio* contre ce dernier, cette restitution va-t-elle bénéficier au fidéjusseur majeur; en d'autres termes et d'une façon plus générale, un fidéjusseur peut-il se prévaloir des faits extinctifs de la dette qui sont nés en la personne du créancier?

Il faut, en principe, répondre affirmativement, tout en admettant cependant deux restrictions :

(1) DE SAVIGNY, t. VII, p. 224 et note (d). — V. BURCHARDI, p. 407-416, et p. 570-581.

(2) DE SAVIGNY, *op. cit.*, t. VII, p. 225.

1° pour le cas où le mineur pourrait invoquer des exceptions purement personnelles, (v. gr. : bénéfice de compétence, *capitis deminutio,* etc.);

2° lorsque le fidéjusseur a cautionné *animo donandi* ou bien lorsqu'il n'a droit à aucun recours, (par exemple, dans l'hypothèse du sénatus-consulte Macédonien).

Nous venons de supposer que le débiteur principal avait été assigné le premier et qu'il avait déjà obtenu la *restitutio ;* mais plaçons-nous dans l'hypothèse contraire, (celle où la caution est d'abord poursuivie) : dans ce dernier cas, il n'y a pas de doute, tant que le mineur débiteur n'a pas demandé la restitution, le fidéjusseur ne peut la provoquer. Notons cependant ici que « d'après le droit nouveau, la caution peut repousser l'action par l'*exceptio excussionis*, et provoquer ainsi l'application immédiate du cas [précédent] (Nov. IV, c. I,) (1). » Il faut donc supposer que la *restitutio* a déjà été obtenue par le débiteur principal, et c'est à ce cas seulement que s'applique la controverse dont nous avons parlé.

Ulpien a touché la question d'une façon incidente dans la Loi 3, paragraphe 4, *de min. XXV ann.*: mais le siège de la matière se trouve dans la Loi 13, au même titre, et aussi dans la Loi 95, paragraphe 3, *de solutionibus et liberationibus.*

Ce dernier texte (de Papinien) a reçu de nombreuses corrections d'après le texte grec des Basiliques. On pourrait citer toute une série d'autres textes, dont les décisions, bien qu'étant absolues

(1) De Savigny, *op. cit.*, t. VII, p. 226, note (h).

sur le point qui nous occupe, sont formulées en sens opposé.

Nous résumerons la discussion en disant qu'on doit reconnaître en général qu'il y a des distinctions à faire; le refus de la restitution au fidéjusseur demeure la règle, mais des exceptions sont possibles. De la sorte, les textes, bien qu'ils statuent d'une façon absolue, s'expliqueront sans difficulté, en ce sens que les uns s'appliqueront à la règle, tandis que les autres viseront les exceptions (1). Il est bien clair que, au cas où le fidéjusseur s'est obligé précisément pour garantir le créancier contre une *restitutio* possible, — si, par exemple, sa garantie est donnée pour abriter le créancier contre le danger résultant de la minorité du débiteur, — le fidéjusseur ne sera pas secouru (2).

Supposons que le fidéjusseur ait payé le créancier; aura-t-il alors un recours contre le *reus ?* — Non : car la *restitutio* serait inutile au mineur. — Celui-ci est donc restitué à la fois contre le créancier et contre le fidéjusseur : « *neutri tenebitur.* »

Ce qu'il y a de plus avantageux et de plus sûr pour le mineur, (le moyen nous est, du reste, indiqué par Ulpien dans la Loi 13), c'est, lorsqu'il est débiteur principal, de demander à la fois la *restitutio* contre le créancier et contre la caution ; toutes les parties ayant alors figuré dans l'instance engagée par le mineur, le magistrat réglera toutes les situations d'un seul coup. Si le mineur avait seulement mis en cause le créancier, le fidéjusseur pourrait intenter l'action *mandati contraria,* non pas pour se

(1) Cf. De Keller, *op., cit.* p. 375.
(2) L. 13, *princ.*, D., *de min.* xxv *ann.* ; — *Paul. Sentent.*, I, 9, § 6.

faire indemniser, mais pour demander au débiteur mineur de lui faire *cessio* de la restitution obtenue contre le créancier, ce qui lui permettrait alors d'opposer à l'action de celui-ci l'exception de la restitution. — Le fidéjusseur pourrait-il contraindre le débiteur principal à prendre l'initiative à l'effet de demander la *restitutio ?* Non, dans l'ancien droit; il le peut, au contraire, sous Justinien, mais indirectement, grâce au bénéfice de *discussion.*

Quid, dans l'hypothèse où le *reus* est majeur et le fidéjusseur mineur ? — Ce dernier aura de son propre chef droit à la *restitutio*; mais, en principe, celle-ci ne pourra profiter au *reus,* excepté s'il n'avait été en réalité qu'une caution.

§ IV. — QUELLES SONT LES PERSONNES CONTRE LESQUELLES LA *RESTITUTIO* PEUT ÊTRE DEMANDÉE

Le défendeur à la *restitutio* ne peut être que la personne avec qui le mineur a traité ou celle qui a directement profité de l'acte entaché de lésion; d'autre part, de même que le droit à la *restitutio* se transmet activement, ainsi que nous l'avons dit, aux héritiers du titulaire de ce droit, de même il se transmet passivement aux héritiers de l'obligé (1). Telle est la règle.

Avant d'examiner les différents cas que nous voulons, à propos de cette règle, citer à titre d'exemples, nous devons mentionner les cas exceptionnels dans lesquels la *restitutio* est refusée contre certaines personnes.

(1) L. 6, D., *de in integr. restit.*

Ainsi, les ascendants et le patron du titulaire sont, par les liens personnels qui les unissent à celui-ci, protégés contre la *restitutio,* de même qu'ils le sont contre l'action de dol. Ce privilège est fondé sur le respect même qui est dû à ceux qui en bénéficient; c'est pourquoi, en dehors des ascendants et du patron, il s'étend à tout individu investi d'une situation supérieure, ou, si l'on veut, d'une dignité d'un certain ordre.

Ces exceptions, qui autrefois avaient fait l'objet de controverses, ont été définitivement consacrées par Justinien dans la Loi 2, au Code, *qui et adversùs quos in integrum restitui non possunt.* Mais il est à remarquer que si les exceptions dont nous parlons ont de l'analogie avec celle qui permet à certaines personnes d'échapper à l'action *de dolo,* elles n'ont cependant pas le même caractère. En effet, dans l'action *de dolo* on écarte seulement le mot de *dolus,* et, par suite, le caractère infamant qui est attaché à cette expression ; mais, dans ce cas, on remplace ce qu'on écarte par une action *in factum.* En matière de *restitutio,* au contraire, il n'y a pas d'équivalent lorsque celle-ci est refusée; « car on n'admet pas que les ascendants ou le patron puissent exercer contre leurs enfants ou leurs affranchis un droit susceptible de motiver la restitution (1) ».

Un cas très-intéressant à examiner est aussi celui où un conflit existe entre deux personnes protégées par le droit positif.

Et d'abord un mineur veut-il se faire restituer contre un autre mineur; il y a, dans ce cas, une

(1) Cf. De Savigny, *op. cit.*, t. VII, p. 231-232 ; — et L. 2, C., *qui et adversùs quos.*

question de préférence à régler. D'après Pomponius, la règle est simple et absolue : il n'y a pas de restitution. La préférence était donc ainsi toujours accordée au défendeur. La raison devait être la suivante : la qualité des parties étant la même au point de vue de la faveur à accorder, il n'y avait qu'à appliquer la règle : « *in pari causâ melior est causa defensoris* ».

Ulpien rejette la portée absolue de la règle, et il veut qu'on s'attache surtout à la considération de la lésion, qui est en effet la condition essentielle de la protection : ce point sera examiné par le préteur.

Dans le cas où les deux mineurs éprouvent à la fois un préjudice, la situation se trouve égale, et Ulpien se range alors à l'avis de Pomponius. Ainsi, un mineur a prêté de l'argent à un autre mineur qui l'a gaspillé ou perdu sans profit ; le préteur dans ce cas se contentera de maintenir le *statu quo* (1).

Le conflit s'élève-t-il, à propos d'un prêt d'argent, entre un mineur et un *filiusfamiliâs* majeur qui veut se prévaloir du sénatus-consulte Macédonien. Le mineur aura, contre le moyen de défense qui lui sera opposé, c'est-à-dire contre l'exception tirée du sénatus-consulte, une réplique tirée de la *restitutio* contre cette exception. On pourrait objecter ici que nul n'est censé ignorer la loi et que le mineur devait bien connaître la prohibition résultant du sénatus-consulte Macédonien ? Mais on répond que les mineurs sont au nombre des personnes qui peuvent se prévaloir même de l'erreur de droit : il n'y a d'exception qu'en matière de délit ou de faits illicites.

Si le *filiusfamiliâs* emprunteur est lui-même mi-

(1) L. 11, § 6, D., *de min.* XXV *ann.*

neur, on protégera dans ce cas celui qui a consommé l'argent sans profit, c'est-à-dire l'emprunteur. Mais si ce dernier s'est enrichi et que le profit existe au jour de la *litis contestatio,* il sera traité comme s'il était majeur, et le préteur obtiendra la *restitutio* contre l'exception du sénatus-consulte Macédonien (1).

Une dernière hypothèse de conflit se présente lorsqu'un mineur de vingt-cinq ans a accepté l'engagement d'une femme, qui s'est portée *intercessor* contrairement au sénatus-consulte Velléien : on suppose qu'il y a eu de la part de la femme une *expromissio.* Il est de règle qu'on rende alors au créancier mineur, (comme on le ferait du reste pour un majeur), son ancienne action contre le débiteur primitif, à titre d'*actio utilis* ou *restitutoria,* et sans qu'il y ait besoin d'une *restitutio in integrum.* Cela tient au principe même de la *restitutio,* qui est, comme nous le savons, un recours subsidiaire et qui n'est donnée qu'à défaut de toute autre voie de recours. Mais si le débiteur primitif était insolvable, le mineur, ne se trouvant plus alors suffisamment protégé, obtiendrait la *restitutio* même contre la femme : ce qui revient à dire que, si le privilège accordé par le droit prétorien au mineur se trouve en opposition avec la protection qui résulte pour la femme du sénatus-consulte Velléien, c'est en définitive la faveur accordée à la minorité qui l'emporte.

Notons, cependant, en terminant, que la femme protégée par le sénatus-consulte Velléien est dans une condition plus avantageuse que le fils de famille

(1) LL. 11, § 7, et 34, princ. ; D., *de min.* XXV *ann.*

protégé par le sénatus-consulte Macédonien. En effet, dans le premier cas, il y a trois personnes en cause au lieu de deux : c'est alors l'ancien débiteur qui devra faire les premiers frais ; c'est pourquoi la femme restera protégée jusqu'à nouvel ordre, c'est-à-dire jusqu'à ce qu'on ait vérifié la situation du *reus* ou débiteur principal (1).

Supposons qu'un tiers ait acheté le fonds du mineur et qu'il l'ait revendu à une autre personne qui en est actuellement détenteur. En principe, la *restitutio* est ici donnée contre l'acheteur ; mais, dans deux cas exceptionnels, elle sera possible contre le sous-acquéreur.

Ainsi, le tiers détenteur était-il de mauvaise foi, c'est-à-dire savait-il que le vendeur primitif était un mineur de vingt-cinq ans, la *restitutio* dans ce cas réfléchira contre lui, c'est-à-dire qu'elle opèrera *in rem* et sans aucune distinction. Dans une autre hypothèse, le tiers détenteur est-il de bonne foi, mais l'acheteur est-il insolvable, la *restitutio* pourra encore réfléchir contre le détenteur, parce que le mineur ne se trouve pas suffisamment protégé. Le sous-acquéreur a d'ailleurs été imprudent ; car il devait s'enquérir de l'origine de propriété (2).

Lorsque le tiers détenteur, forcé de restituer, a subi une éviction, il aura un recours contre son auteur (3). Il est vrai que, d'après le droit civil, aucune garantie ne lui serait due ; mais, en fait, le détenteur a été dépossédé, il y a pour ainsi dire évic-

(1) L. 12, D., *de min.* XXV *ann.*
(2) L. 13, § 1, D., *de min.* XXV *ann.*
(3) L. 15, *ibid.*

tion prétorienne. Aussi, est-ce d'après le droit prétorien que sera donnée, à titre d'action utile, l'*actio ex stipulatu* (1).

S'il y a eu plusieurs aliénations successives, « *si emptio ambulaverit* », on appliquera la même règle (2).

Supposons enfin que le mineur ait un débiteur et que sa créance ait été garantie par des cautions, ou bien que le mineur ait deux débiteurs corréaux. Si le mineur a fait à l'un d'eux une *acceptilatio sine causâ,* cette *acceptilatio,* étant valable *jure civili,* devrait libérer tous les intéressés ; car elle constitue un mode absolu d'extinction de la dette et, quand bien même elle n'est faite qu'à la caution, elle profite au débiteur principal (3). On voit dès lors comment le mineur serait ici lésé et quelle serait l'étendue de la lésion. C'est pourquoi, en dehors des ressources offertes par le droit commun *(condictio sine causâ, actio præscriptis verbis),* le mineur obtient parallèlement la *restitutio,* laquelle devra réparer tout le dommage causé, c'est-à-dire fera revivre la dette à l'égard de tous (4).

(1) L. 39, princ., D., *de evictionibus, et duplæ stipulatione.*
(2) L. 15, D., *de min.* XXV *ann.*
(3) L. 13, § 7, D., *de acceptilatione.*
(4) L. 27, § 2, D., *de min.* XXV *ann.*

CHAPITRE IV

PROCÉDURE, DURÉE ET EFFETS DE LA *RESTITUTIO*.

§ Ier. — PROCÉDURE DE LA *RESTITUTIO*.

A. — Nous trouvons dans la *restitutio* au profit des mineurs, « un de ces cas particuliers où le préteur, au lieu de délivrer aux parties une formule et de les renvoyer devant un juge pour la vérification des faits, statuait lui-même et sur le droit et sur le fait : c'est une des applications de la procédure qu'on appelait extraordinaire *(extra ordinem judiciorum)*. Le procédé de la *restitutio in integrum* était plus pratique que les dispositions de la Loi Plœtoria (1) » ; nous en avons précédemment indiqué les motifs.

Nous avons dit, au commencement du chapitre premier de cette étude, que la *restitutio* n'était jamais prononcée que *cognitâ causâ*. Complétons, à cette place, nos explications de ce chef.

Quand le mineur voulait se faire restituer, il ne demandait pas au préteur la délivrance d'une *actio* ; car, conformément aux règles de la procédure formulaire, le magistrat eût nommé un juge et ren-

(1) M. Thézard, *Répétitions écrites sur le droit romain*, — 2e édit., p. 108.

voyé l'affaire devant lui. Il se bornait à demander une *cognitio*, (*cognitionem postulare*) (1), pour que l'affaire fût jugée par le prétcur lui-même. La décision de ce dernier portait le nom de décret « *decretum* » (2).

Si le mineur était défendeur, au lieu de se faire protéger au moyen d'une *exceptio in factum*, il demandait au magistrat de refuser toute action « *denegare actionem* » (3) au demandeur. Cette procédure était simple et rapide. La Loi 57, au Digeste, *de acquirendâ vel omittendâ hereditate*, nous cite un cas d'application d'une procédure analogue.

Dans ces conditions, « il n'y avait aucune dation ni de juge, ni de formule, par conséquent aucune de ces nuances qui tenaient à la rédaction formulaire des actions : c'était le magistrat qui connaissait et terminait lui-même le différend, *(ipse cognoscebat)* (4).

Ce système de procédure extraordinaire, qui s'est bien vite généralisé, était employé principalement, nous dit M. de Keller (5), lorsque le litige avait trait à « des rapports privés concernant le patrimoine, mais relatifs à des choses et à des points de droit, pour lesquels il s'agit bien moins de rendre une décision juridique, que de prendre de promptes mesures, pour procurer, maintenir ou rétablir la possession de fait ».

B. — « Dans l'origine, nous dit M. de Savigny, les seuls magistrats investis de la juridiction en matière de restitution étaient, pour Rome et l'Italie, le préteur ;

(1) L. 39. § 6, D., *de procuratoribus* ; — LL. 8 et 9, D., *de officio præsidis*.
(2) Cf. De Savigny, VII, 236, et Ortolan, I, 680 : *op. cit.*
(3) L. 27, § 1, D., *de min.* XXV *ann.*
(4) Ortolan, *op. cit.*, t. III, p. 574.
(5) De Keller, *op. cit.*, p. 89.

pour chaque province, le lieutenant de la province. Les magistrats des villes n'avaient jamais le droit de prononcer la restitution. De même, lorsqu'une demande en restitution se présentait incidemment à un procès, le *judex* nommé par le préteur ne devait pas en connaître, mais elle devait toujours être portée devant le préteur lui-même.

D'après le même principe, la restitution continua d'être, sous les empereurs, une attribution des hautes magistratures. Elle était accordée par les préteurs, le préfet de la ville, le *prœfectus prætorio,* les lieutenants des provinces et l'empereur lui-même. Mais Justinien décida, ce qui avant lui était controversé, que tous ces fonctionnaires pouvaient charger des juges-commissaires d'instruire et de prononcer sur les demandes en restitution, de même que les commissaires par eux nommés pour l'instruction de tout autre procès pouvaient connaître d'une demande incidente en restitution (1). »

On peut donc dire, avec M. de Keller (2), que « la *restitutio in integrum* fut mise, comme organe complémentaire de procédure et comme recours tout exceptionnel, entre les mains du magistrat qui représentait et en qui pour ainsi dire se personnifiait la souveraineté de la justice ».

C. — Au point de vue de la compétence, il y a une différence à faire, suivant que l'acte contre lequel le mineur est restitué est ou non un jugement. Dans l'hypothèse négative, la compétence du magistrat est déterminée *ratione loci.* Si, au contraire, il s'agit

(1) De Savigny, *op. cit.*, t. vii, p. 221.

(2) De Keller, *op. cit*, p. 361. — Adde ; L. 16, § 5, D., *de min.* xxv *ann.*

d'un jugement, il est de principe que le magistrat inférieur à celui qui a délivré la formule ou rendu le jugement est incompétent. Mais si le magistrat est supérieur, il pourra prononcer la *restitutio;* il le pourra encore s'il est d'un degré égal, pourvu toutefois, (et cela pour ne pas violer la compétence territoriale), qu'il soit le successeur de celui qui a jugé ou nommé le juge (1).

S'il s'agit d'un jugement rendu par l'empereur, celui-ci seul pourra restituer contre sa propre sentence (2). Nous ferons remarquer cependant que, si la chose est possible en principe, la *restitutio* sera très-rare en fait, à cause de l'autorité même qui s'attache aux jugements impériaux. On pourrait citer comme exemples, ne portant aucune atteinte à l'autorité impériale : 1° le cas où un mineur a négligé de faire valoir certains moyens ; — 2° celui dans lequel il a succombé par suite du dol ou d'une collusion frauduleuse de son procureur.

Si un juge a été institué en cette qualité par l'Empereur, celui-ci encore est seul compétent pour accorder la *restitutio* contre la sentence du juge ; car cette sentence est censée émaner de lui-même (3). Il est également compétent pour juger l'affaire, si l'intérêt du litige atteint un certain chiffre (4).

D. — Si le mineur, partie à la *restitutio,* est demandeur, il peut en cette qualité former sa demande, soit en personne, soit par le ministère d'un mandataire. Mais, dans ce dernier cas, il faut un mandat spécial ;

(1) LL. 18, pr., et 42, D., *de min.* XXV *ann.*
(2) L. 18, § 1, *ibid.*
(3) L. 18, § 4, *ibid.*
(4) L. 10, § 1, D,, *de appellationibus et relationibus.*

une procuration générale ne suffirait point : le motif est tiré surtout du changement de volonté, (changement toujours grave), que la *restitutio* suppose (1).

Il y a lieu de se demander si le mineur pourrait seul, c'est-à-dire sans l'assistance de son curateur, constituer un mandataire spécial : on répond négativement ; car le mineur ne peut en principe constituer seul un mandataire *ad litem*.

Si le mandat spécial donné par le mineur demandeur était contesté, il serait facile au mandaire de clore l'incident, en fournissant la caution *de rato* (2). C'est, dans l'espèce, l'application du droit commun à l'égard du *procurator*.

Si le mineur, étant défendeur à la *restitutio*, ne comparaît pas en personne et se fait représenter par un mandataire, celui-ci doit fournir la caution *judicatum solvi* (3) : c'est là une application pure et simple du droit commun.

§ II. — DÉLAI POUR DEMANDER LA *RESTITUTIO*.

Ce délai a varié. Dans l'ancien droit, il était d'une année utile après l'accomplissement de la vingt-cinquième année. Au Bas-Empire, Constantin remplaça l'année utile par un délai de cinq années continues pour les citoyens habitant Rome ou un rayon de cent milles, de quatre ans pour tout le reste de l'Italie, et de trois ans pour les provinces. Enfin, Justinien apporta une dernière modification et fixa un délai unique de quatre ans continus ; mais il fallait que

(1) L. 25, § 1, D., *de min.* XXV *ann.*.
(2) L. 26, princ., D. *Ibid.*
(3) L. 26, § 1, *Ibid.*

l'instance elle-même fût terminée dans ce délai (1). Ce ne devait pas être là une innovation ; car « déjà l'ancien droit exigeait, en principe, que tout fût terminé dans l'année utile. Mais on exceptait, comme le fait Justinien lui-même, les cas d'impossibilité et de force majeure (L. 39, *pr.*, *De min.*) (2). »

La Loi 6, au Code, *de repudiandâ vel abstinendâ hereditate,* cite un cas particulier dans lequel le délai était de sept années.

La courte prescription dont il s'agit ne concerne que le rescindant ; mais, une fois celui-ci accordé, le rescisoire est possible d'une façon indépendante : nous expliquerons sous le paragraphe suivant ce que signifient ces expressions.

La Loi 19, au Digeste, *de min. XXV ann.*, nous indique certaines complications pouvant, au point de vue du délai de la *restitutio,* naître de la question même de l'âge de l'héritier. Trois hypothèses sont possibles.

1re hypothèse : Un mineur a succédé à un autre mineur. — L'héritier mineur aura d'abord jusqu'à sa propre majorité, et le délai comprendra, en plus, le *legitimum tempus.* Ce délai pourra donc, on le voit, être beaucoup plus long que si le mineur défunt avait vécu. Cette première hypothèse a donné lieu à une vive discussion entre les glossateurs, (Bulgare et Accurse, d'une part, et Martin, d'autre part) : nous nous contentons de mentionner la controverse.

2e hypothèse : Un mineur a succédé à un majeur qui se trouvait encore dans le délai utile pour agir : par exemple, le défunt avait vingt-six ans. — Dans

(1) L. 7, D., *de tempor. in integr. restit.*
(2) Accarias, *op. cit.*, t. Ier, p. 417, note (1).

ce cas, l'héritier mineur aura jusqu'à sa propre majorité; le délai comprendra, en outre, le reste du temps qu'aurait eu le défunt pour demander la *restitutio*. Le préteur relève bien le mineur de la déchéance; mais il lui fait en même temps l'application de la règle qu'on ne doit rendre au mineur, au moyen de la *restitutio*, que tout juste ce qu'il a perdu; c'est pourquoi le magistrat ne donne à ce dernier que le complément du délai utile.

3e hypothèse, (non prévue par le texte de la Loi 19) : Un majeur a succédé à un mineur. — Le majeur héritier n'a aucun droit propre à la *restitutio*. Il n'aura que le reste du délai qui appartenait à son auteur; ce délai courra du jour de l'adition, si l'héritier est externe, ou bien du jour du décès du mineur.

Un privilège spécial était accordé à celui qui, étant soldat, devenait majeur pendant qu'il était sous les drapeaux. La prescription ne commençait à courir contre lui qu'à compter de sa sortie du service et non point à partir de sa majorité (1). Le congé était pris comme point de départ du délai, qu'il s'agît du défunt ou de l'héritier.

§ III. — EFFETS DE LA *RESTITUTIO*.

Le caractère essentiel de la *restitutio*, nous l'avons dit, est de remettre les choses en leur état ancien et de rétablir les parties dans la situation qu'elles avaient avant que la *restitutio* fût prononcée : « *Restitutio autem ità facienda est, ut unusquisque in integrum jus suum recipiat* (1). » Mais, comme la faveur

(1) Cf. De Savigny, *op. cit.*, t. VII, p. 269 et 273. *Adde* : LL. 1 et 3, C., *de temp.*
(2) L. 24, § 4, D., *de min.* XXV *ann.*

extraordinaire accordée par le droit prétorien au mineur ne saurait être pour celui-ci une cause d'enrichissement, le mineur devra rendre tout ce qui a tourné à son profit : « *Qui restituitur in integrum, sicut in damno morari non debet, ità nec in lucro : et ideo quicquid ad eum pervenit, vel ex emptione, vel ex venditione, vel ex alio contractu : hoc debet restituere* (1). »

Une question importante qui se pose, à propos des effets de la *restitutio*, est celle de savoir si la *restitutio* est donné *in personam*, c'est-à-dire contre une personne déterminée, ou bien *in rem*, c'est-à-dire, d'une manière générale et indéterminée, contre toute personne pouvant rétablir l'état de choses ancien.

Les Sentences de Paul nous indiquent que la *restitutio* peut être donnée des deux façons : « *integri restitutio competit aut in rem, aut in personam* (2). » Cette décision du jurisconsulte Paul est confirmée par Ulpien, qui nous dit que la *restitutio* peut quelquefois être accordée *in rem* (3).

« D'après une formule adoptée par beaucoup d'auteurs modernes, nous dit M. de Savigny, la restitution *in personam* est la règle, et la restitution *in rem* l'exception ; mais, ajoute le même auteur, cette question demande à être étudiée plus profondément (4). » Nous traduirons, en ce qui nous concerne, cette dernière phrase de M. de Savigny en disant qu'il y a des distinctions à faire.

Lorsque, par exemple, la *restitutio* aura lieu contre une usucapion, il est bien certain qu'elle sera donnée

(1) L. *un.*, C., *de reputationibus quæ fiunt.*
(2) *Sent.*, I, VII, § 4.
(3) L. 13, § 1, D., *de min.* XXV *ann.*
(4) DE SAVIGNY, *op. cit.*, t, VII, p. 278.

in rem, c'est-à-dire contre tout détenteur de l'immeuble; car elle aura pour effet de faire revivre au profit du mineur, c'est-à-dire du propriétaire dépouillé, l'état du droit qui existait avant l'usucapion accomplie : en d'autres termes, elle rendra au mineur, contre toute personne, l'action de la propriété.

La solution sera la même, s'il s'agit de l'acceptation ou de la répudiation d'une succession : là encore, il n'est pas douteux que la *restitutio* ne soit accordée *in rem*, c'est-à-dire contre tout possesseur des biens de la succession (1).

Au contraire, s'agit-il d'un contrat, on peut dire en règle générale qu'alors la restitution opère *in personam*, c'est-à-dire qu'elle est donnée seulement contre la partie avec laquelle le mineur lésé a contracté; elle n'est, dans ce cas, accordée contre les tiers que pour ainsi dire d'une façon subsidiaire et lorsque le recours du mineur contre son co-contractant seul est insuffisant à le protéger complètement. Nous renvoyons, pour compléter nos explications sur ce point et pour éviter une redite, à ce que nous avons dit plus haut, sous la fin du paragraphe 4e de notre chapitre IIIe.

Après avoir dit que la *restitutio* peut quelquefois être donnée *in rem*, Ulpien mentionne incidemment les moyens à employer pour obtenir cette restitution. On atteindra ce but soit au moyen de la *cognitio*, soit grâce à la délivrance d'une formule d'action rescisoire. Chacune de ces deux procédures a reçu un nom particulier : on a appelé la première le *judi-*

(1) L. 17, princ., D., *ex quibus causis maj.* XXV *ann. in integr. restit.*

cium rescendens ou le *rescindant*, (cette dénomination est moderne); et la seconde, le *judicium rescissorium* ou le *rescisoire* (1).

Le *rescindant* est le litige engagé par la demande même de *restitutio*, c'est-à-dire par la *prætoria cognitio;* il embrasse tout ce qui concerne l'examen du magistrat relatif à l'admissibilité de la *restitutio*, y compris la prononciation du décret qui accorde cette dernière. Tout se bornera là, si le droit restitué au mineur n'était point douteux avant la demande de restitution (2).

Si le défendeur, sans élever de contestation sur le droit, ne veut cependant consentir de bonne grâce à rendre la chose, le magistrat n'aura qu'à prescrire contre lui des voies d'exécution. Mais ce n'est pas encore le rescisoire.

La procédure du *rescisoire* se trouve au contraire entamée, lorsqu'un procès subséquent surgit à propos de l'existence même et de la validité du droit qui a été rétabli par la restitution : ce droit, en effet, pouvait être originairement douteux, litigieux ; or, la restitution n'a pu que rétablir le droit tel qu'il était, avec son caractère propre, c'est-à-dire avec ses avantages et ses défauts.—Ainsi, soit le cas où un mineur était propriétaire d'un immeuble : la revendication lui appartenait, mais la propriété reposait sur des titres douteux. Il aliène, dans ces conditions, et il obtient la *restitutio*. L'action en revendication sera alors restituée avec le droit lui-même, comme action *in rem rescissoria:* ce sera une *actio utilis fictitia*. Si l'adversaire restitue volontairement, le procès

(1) Cf. De Savigny, *op. cit.*, t. vii, p. 240.
(2) L. 39, D., *de evictionibus, et duplæ stipulat.*

au rescisoire n'aura pas lieu; mais, s'il conteste le droit de propriété, le préteur délivrera alors la formule rescisoire, et le procès deviendra un procès ordinaire *(judicium rescissorium)*.

Le magistrat compétent pour statuer sur le rescindant est le magistrat supérieur, c'est-à-dire le préteur.

Quant au rescisoire, il sera traité comme un procès ordinaire. Toutefois le magistrat supérieur peut statuer, s'il le juge à propos, même sur le rescisoire ; il le fera si, par exemple, la question ne demande pas un long examen (1). Mais, si la question est trop compliquée ou si la partie lésée le requiert, les parties iront devant le juge ; (la *cognitio*, en effet, devait prendre fin dans l'année utile). Ajoutons qu'il est fort vraisemblable que, vu le développement de la procédure extraordinaire, les cas où le préteur statuait même sur le rescisoire sont devenus de plus en plus fréquents.

Il peut arriver qu'en l'absence de tout litige sur le fond du droit le procès soit renvoyé malgré tout devant un *judex* ; cela se produira, par exemple, lorsqu'il s'agira de faire régler le montant des prestations que pourront se devoir réciproquement les parties.

Enfin, il est possible que le préteur renvoie au *judex* l'appréciation de certains points du rescindant (1) ; cette solution, qui était contestée avant Justinien, ne saurait être douteuse. Si, par exemple, le temps ou les moyens manquent actuellement au préteur pour examiner le point de fait, il peut pro-

(1) L. 24, § 4, D., *de min.* XXV *ann.* ; — L. 39, princ., D., *de evict.*
(2) L. 18, § 4, D., *de min.* XXV *ann.*

noncer une *restitutio* conditionnelle, qui permettra au juge, au moyen de la formule de l'action rescisoire, de vérifier le fait et de statuer sur le rescisoire : le juge dans ce cas ne prononcera pas la *restitutio*. Mais il faut aller plus loin et dire que le préteur peut déléguer expressément au *judex* le droit de prononcer la restitution en appréciant le rapport de causalité.

CHAPITRE V

COMMENT SE PERD POUR LES MINEURS DE VINGT-CINQ ANS LE DROIT A LA *RESTITUTIO IN INTEGRUM* ?

Avant d'indiquer les causes d'extinction du bénéfice de restitution, nous devons mentionner la règle, écrite dans la Loi 41, au Digeste, *de min. XXV ann.*, aux termes de laquelle le mineur peut ne pas se prévaloir de la restitution tant que l'application du décret n'a pas eu lieu ; car, en principe, il est permis de négliger les bénéfices introduits en sa faveur.

Cette observation générale étant faite, nous dirons que le bénéfice de la restitution peut s'éteindre par l'une des trois causes suivantes : 1° *désistement exprès*, — 2° *ratification*, — 3° *prescription*. Nous ajouterons, d'autre part, qu'un obstacle à la restitution se trouve dans le bénéfice de la *venia ætatis*, lorsque celui-ci est demandé par un mineur et lui est accordé.

I° — *Désistement exprès*. — Ce premier mode d'extinction est prévu par la Loi 20, § 1er, et la Loi 21, au Digeste, de *min. XXV ann.*. Les parties ont l'une

et l'autre posé sommairement leurs conclusions devant le préteur, dans la *cognitio extraordinaria*; par suite, la *litis contestatio* existe. Or, cette *litis contestatio* ne servira pas au mineur, si devenu majeur il se désiste. Il est bien entendu qu'un désistement formel est nécessaire, et qu'une simple interruption de poursuites ne suffirait pas.

Une particularité est à noter ici, c'est que si, d'ordinaire, la *litis contestatio* a pour effet de perpétuer le droit qui est garanti par une courte prescription, ce même effet ne saurait se produire dans le cas qui nous occupe. En effet, il est de principe que la demande en restitution doit être formée et jugée dans le délai de quatre ans ; conséquemment, dans notre matière, la *litis contestatio* ne saurait perpétuer le droit et cela alors même qu'il n'y aurait pas un désistement.

II°. — Le droit à la restitution peut, en second lieu, s'éteindre par la *ratification* expresse ou tacite, donnée à l'acte en temps de majorité.

Nous n'avons rien à dire de la ratification expresse.

Quant à la ratification tacite, elle résultera en général de tout acte qui se trouvera en contradiction avec le but et le résultat de la restitution. V. g. : un mineur a par négligence laissé écouler le délai pour demander la *bonorum possessio contrà tabulas,* puis il demande à être relevé contre cette omission ; mais il arrive que, devenu majeur au cours de l'instance, il réclame un legs en vertu du testament attaqué. Une telle demande constitue évidemment une *confirmatio* et elle est incompatible avec la demande même de restitution, laquelle se trouvera éteinte (1).

(1) L. 30, D., *de min.* XXV *ann.*

De même, si un mineur, qui a pendant sa minorité contracté une obligation contre laquelle il a plus tard demandé à être restitué, fait après sa majorité, et en vertu des clauses de cette même obligation, un paiement total ou partiel à son créancier, un tel paiement constituera encore une reconnaissance de la validité de l'acte contre lequel la *restitutio* avait été demandée, et celle-ci ne sera plus possible (1).

La question d'extinction par ratification devient plus délicate, lorsqu'elle s'applique à un contrat embrassant plusieurs actes successifs. Nous renvoyons sur ce point, et par analogie, à ce qui a été dit précédemment, à la fin du paragraphe troisième de notre chapitre II.

III°. — *Prescription.* — « Il semble très-naturel de considérer la prescription de la restitution comme une simple application de la prescription des actions, et dès lors comme soumise aux mêmes règles. Néanmoins cette pensée est tout-à-fait étrangère au droit romain, et, dans son esprit, la prescription de la restitution a beaucoup plus d'affinité avec une péremption de procédure qu'avec la prescription d'une action (2). »

Un exemple va faire ressortir la différence que nous signalons : pour une exception en général, la prescription de cette exception, prise comme telle, est, de sa nature, impossible ; au contraire, quand il s'agit spécialement de la *restitutio*, qu'elle soit demandée par voie d'action ou par voie d'exception, la prescription s'opérera toujours de la même façon,

(1) L. 2, C., *si major factus ratnm habuerit.*
(2) De Savigny, *op. cit.*, t. vii, p. 249.

c'est-à-dire par un délai écoulé de quatre années continues (1).

Quant au point de départ de la prescription qui nous occupe, nous dirons que ce sera le commencement du délai de quatre années continues « à compter de la cessation de la *causa* (2). » Cela veut dire que la *restitutio* se prescrira contre le mineur à partir de sa vingt-cinquième année accomplie, ou bien à partir du jour où l'obtention de la *venia ætatis* l'aura, au point de vue de la *restitutio*, assimilé à un majeur.

Il est bien entendu, au surplus, que, si la prescription ne commence à courir qu'à partir de vingt-cinq ans accomplis, cela n'empêche pas le mineur de demander la *restitutio* pendant sa minorité; cela explique même pourquoi il est possible au mineur de demander, contre une première restitution prononcée, une restitution nouvelle qui anéantisse l'effet de celle qui avait tout d'abord été accordée (3).

IV. — La *venia ætatis*, (dont l'étude se rattache, en réalité, à la théorie de la tutelle), n'est pas, à proprement parler, un mode d'extinction du droit à la *restitutio* : son caractère distinctif est plutôt d'empêcher celle-ci de naître.

Elle se présente, en principe, comme un obstacle et une fin de non-recevoir contre la *restitutio*. Ce point demande quelques explications ; car la *venia ætatis* n'a pas le même caractère et ne produit pas le même effet, suivant qu'il s'agit des actes faits dans le passé par le mineur ou de ses actes à venir.

Le bénéfice de la *venia ætatis* ne pouvait être

(1) V. sur ce point la discussion de M. DE SAVIGNY, sous les pages 442 et suiv. de son tome V, (*op. cit.*).
(2) Cf. DE KELLER, *op. cit.*, p. 375.
(3) L. 7, § 9, D., *de min.* XXV *ann.*

accordé que par un rescrit de l'empereur aux hommes de vingt ans et aux femmes de dix-huit ans, dont la conduite était bonne et l'intelligence suffisamment développée (1). Empressons-nous d'ajouter que ce bénéfice du prince, qui dérogeait à la règle générale, n'était accordé que très-rarement.

Il est impossible de fixer exactement l'origine de la *venia ætatis* ; tout ce qu'on peut dire, c'est qu'on la trouve organisée à la fin du troisième siècle de notre ère (2).

La *venia ætatis* produit trois effets principaux : — 1° Elle fait cesser la curatelle et donne au mineur la libre administration de ses biens. — 2° Elle enlève au mineur le droit de demander la *restitutio* pour les actes à venir, c'est-à-dire contre tous les actes postérieurs au Décret. — 3° Enfin, elle fait courir le délai dans lequel la restitution devra être demandée et obtenue contre les actes faits dans le passé ; avec cette restriction, toutefois, que quel que soit le délai écoulé depuis le Décret et bien que pendant tout ce délai le mineur se soit abstenu d'agir, cependant aucune déchéance ne pourra être encourue par lui tant qu'il n'aura pas accompli sa vingt-cinquième année (3).

Comme, à l'époque où il a obtenu la *venia ætatis*, le mineur était dans un état de minorité pure et simple, il aurait la possibilité de se faire restituer contre l'obtention de la *venia ætatis* elle-même.

De tout ce que nous venons de dire il résulte que, par l'effet de la *venia ætatis*, le mineur était absolu-

(1) L. 2, *princ.*, C., *de his qui ven.*
(2) Cf. Accarias, *op. cit.*, t. Ier, p. 417.
(3) L. 3, *princ.*, C., *de temp. in integr. restit.*

ment assimilé au majeur et avait le même droit que lui en ce qui concerne la libre administration de sa fortune (1).

Remarquons cependant que, bien que la capacité résultant du Décret s'étende à tous les contrats, même aux transactions, Papinien refuse au mineur qui a obtenu la *venia ætatis* le droit de faire des donations.

Enfin, malgré le Décret, le mineur reste, quand il s'agit d'aliénations immobilières, soumis au sénatus-consulte de Septime-Sévère : c'est même là, on peut le dire, la seule exception qui soit notée par les auteurs comme venant restreindre l'application de la *venia ætatis*.

(1) L. 3, C. *de his qui ven.*

SECONDE PARTIE

DE LA *RESTITUTIO IN INTEGRUM* AU PROFIT DES IMPUBÈRES.

Cette seconde partie de notre étude, ainsi que nous l'avons dit à la fin de notre introduction, constituera la partie absolument accessoire de notre travail.

Nous ne devons pas, en effet, oublier deux choses : la première, c'est que le bénéfice de *restitutio* a été introduit par le préteur et spécialement organisé pour les mineurs de vingt-cinq ans, auxquels il devait surtout profiter ; — la seconde, c'est que, dans la plupart des cas, il ne pouvait être question, à Rome, de *restitutio in integrum* au profit du pupille, celui-ci étant en droit incapable de s'obliger, et, par suite, les actes par lesquels l'impubère aurait aliéné des droits étant nuls *jure civili*.

Le droit civil suffisait donc, dans la plupart des cas, à protéger complètement l'impubère, — « *communi auxilio et mero jure munitus* » (1), — tandis que,

(1) L. 16, *princ.*, D., *de min.* XXV *ann.*

au contraire, quand il s'agissait d'un adolescent, les actes passés par lui étaient valables. La présomption du droit civil était qu'en arrivant à l'âge de puberté le mineur avait l'intelligence suffisante pour se diriger lui-même et conduire ses affaires : la capacité était la règle pour l'adolescent. Or, la *restitutio in integrum* a été introduite par le droit prétorien dans le but unique de faire échec à la présomption du pur droit civil et de subvenir à ceux qu'au péril de leurs propres intérêts on déclarait juridiquement capables de s'obliger. Ce n'est que plus tard, et à une époque qu'il serait bien difficile de préciser, qu'on fit bénéficier de la *restitutio*, par voie d'extension et pour ainsi dire incidemment, les impubères qui, nous le répétons, n'en avaient aucun besoin dans la plupart des cas.

On comprend dès lors pourquoi la théorie de la *restitutio in integrum* au profit des mineurs en général devait tout entière, avec ses caractères, ses conditions d'exercice et ses effets, trouver sa place dans la première partie de notre étude, et pourquoi nous ne développerons d'une façon sommaire, sous cette seconde partie, que ce qui s'applique restrictivement aux impubères, c'est-à-dire les seuls points où les règles générales que nous avons précédemment tracées ne pourraient complètement trouver leur application.

Une fois étendue aux pupilles, la *restitutio*, (qui ne pouvait évidemment pas s'appliquer aux actes préjudiciables émanant de l'impubère lui-même et passés sans l'*auctoritas* du tuteur, puisque ces actes étaient nuls de plein droit,) fut donnée tant contre les actes accomplis avec l'*auctoritas* par l'impubère

sorti de l'*infantia,* que contre ceux dus à la *gestio* du tuteur lui-même. En d'autres termes, ainsi que le dit M. de Savigny, « cette restitution s'applique tant à l'administration propre du tuteur qu'à l'*auctoritas* par lui conférée (1). » Cependant il n'est pas douteux, ainsi que le fait remarquer le savant auteur, que le motif qui avait fait originairement établir la *restitutio* des mineurs ne devait pas être applicable à de pareils cas.

Tout ce que nous avons dit dans notre première partie, à propos de l'existence d'une lésion, d'une *justa causa,* etc., s'appliquera ici.

Comme les mineurs de vingt-cinq ans, les impubères ne pouvaient demander la *restitutio* que s'ils avaient été lésés *in ipso actu,* c'est-à-dire par un acte qui en lui-même devait leur préjudicier. La Loi 11, § 4, au Digeste, *de min. XXV ann.,* n'établit aucune distinction, à ce propos, entre le mineur impubère et le mineur de vingt-cinq ans. Dès l'instant que, par exemple, un mineur achète, pour un prix très-raisonnable, une chose dont il avait besoin et qui vient à périr ensuite par cas fortuit, il n'y aura pas à distinguer si l'acheteur est un pupille ou un mineur pubère : la solution sera la même pour les deux, c'est-à-dire que ni l'un ni l'autre n'aura droit à la restitution. (2).

La solution serait tout autre, cependant, dans l'espèce que nous venons de citer, si l'achat avait été fait par le pupille *sine auctoritate tutoris.* La *restitutio* lui serait bien encore refusée dans cette hy-

(1) De Savigny, *op. cit.*, t. VII, p. 153, note (*e*).
(2) Cf. Demangeat, *op. cit.*, t. Ier, p. 411.

pothèse, mais pour un motif différent : en effet, même en cas de perte de la chose par cas fortuit après l'acquisition, le contrat étant nul par le fait de l'incapacité de l'acheteur, celui-ci, n'étant pas tenu de payer le prix, n'a aucunement besoin du secours extraordinaire de la *restitutio.*

Cela nous ramène à la question, (précédemment examinée en ce qui concerne les mineurs de vingt-cinq ans), de savoir si la *restitutio* au profit du pupille est possible lorsqu'une autre voie lui est ouverte. Nous répondrons négativement pour l'impubère, comme nous l'avons fait pour le mineur de vingt-cinq ans. Notre motif est bien simple : la *restitutio,* qu'elle s'applique aux mineurs, pour lesquels elle avait été créée, ou aux pupilles, auxquels elle fut étendue, conservera toujours son caractère dominant de *recours extraordinaire*, et il sera de son essence de ne s'appliquer que là où tout autre moyen fera défaut. Comme exemples on peut citer les deux cas suivants : 1° celui tiré du texte de la Loi 16, *princ., D., de min. XXV ann.,* où un pupille s'est obligé par contrat *sine tutoris auctoritate* et avec cette condition qu'il ne s'est pas enrichi ; — 2° le cas où un pupille a voulu aliéner un objet par tradition *sine auctoritate tutoris.* — Dans ces hypothèses, où le pupille a fait sa condition pire, la restitution lui serait superflue, puisque le droit civil suffit alors à le protéger. Il est bien évident que lorsque, par exemple, l'aliénation est nulle, l'action en revendication directe qui appartiendra au mineur devra lui donner complète satisfaction.

Ici se place la question de savoir si la *restitutio* sera donnée, lorsqu'une action parallèle appartient

déjà au pupille et peut lui permettre de réparer le préjudice qu'il a souffert.

Pour préciser davantage, nous nous demanderons si, par exemple, la *restitutio* sera exclue par l'*actio tutelæ*, qui est une voie de droit ordinaire et qui peut permettre au pupille d'obtenir satisfaction contre son tuteur. — Nous avons déjà examiné cette question d'une façon générale, sous le paragraphe deuxième de notre chapitre IIe, et nous l'avons résolue en répondant négativement. Nous ajouterons ici, avec M. de Savigny, en ce qui concerne plus spécialement le pupille, (1) que « l'*actio tutelæ* a pour condition la preuve d'une obligation spéciale du tuteur, preuve dont l'administration est toujours incertaine; le résultat de cette action offre donc moins de sûreté que celui de la restitution. »

Pour les raisons que nous avons données dans notre chapitre IIe et que nous nous abstiendrons de formuler de nouveau, nous maintenons notre opinion; c'est-à-dire que l'impubère peut choisir entre les deux recours qui lui sont offerts, et cela même dans le cas où le tuteur serait notoirement solvable et où aucun doute ne serait possible sur l'issue avantageuse de l'*actio tutelæ*.

A un autre point de vue, nous appliquerons ici encore, c'est-à-dire lorsqu'il s'agira d'un impubère, la règle que le préteur ne devra prononcer la restitution que *cognitâ causâ*.

Nous pourrions résumer tout ce que nous avons à dire des impubères dans cette simple formule : l'impubère peut acquérir, mais non aliéner des droits ;

(1) De Savigny, *op. cit.*, t. vii, p. 150. — *Contrà* : Accarias, i, p. 416, — et Didier-Pailhé, i, p. 118 ; (*op. cit.*),

en d'autres termes, il peut faire sa condition meilleure, mais il ne peut la faire pire. — Cette formule servira de *criterium* pour apprécier la question de savoir quand la *restitutio* sera possible au profit de l'impubère.

Nous terminerons les explications sommaires que nous avons à placer sous cette seconde partie de notre étude, en citant, à titre d'application des principes que nous venons de formuler, un certain nombre d'exemples, que nous trouvons dans le Digeste, sous le titre *de min. XXV ann.*

A. — En cas de paiement fait au pupille, la *restitutio* est-elle possible? Il faut répondre qu'elle serait superflue, le paiement fait au pupille seul n'étant pas libératoire *jure civili* : il faudrait toutefois apporter une restriction à notre règle, s'il était résulté du paiement un enrichissement du mineur au préjudice d'autrui (1).

Si le paiement a été fait au tuteur du pupille, il est régulier *jure civili.*

On pourrait dire, (et ce système a été soutenu,) que la *restitutio* ne sera accordée que subsidiairement et après que le tuteur, s'il est solvable, aura été attaqué. Nous n'acceptons pas cette solution, nous en avons précédemment donné les motifs. Nous dirons donc que, même dans cette hypothèse, la *restitutio* est possible.

B. — S'agit-il d'une adition d'hérédité, cette adition sera nulle *jure civili,* si elle a été faite par un pupille non autorisé, agissant en qualité d'héritier externe.

S'il y a eu immixtion de la part du pupille agissant

(1) L. 7, § 2, D., *de min,* XXV *ann.*

comme héritier sien et nécessaire, cette immixtion ne produira aucun effet, alors même qu'elle aurait eu lieu avec l'*auctoritas*.

C. — Notre règle recevrait son application, c'est-à-dire que la *restitutio* serait donnée, alors même que le tuteur avec l'*auctoritas* duquel l'acte a été fait serait le propre père du pupille (1). Pour que cette hypothèse puisse se produire, il faut supposer qu'un mineur *sui juris* impubère a été émancipé : il a dans ce cas pour tuteur légitime son père qui est l'émancipateur. La restitution pourra être demandée au nom du mineur par le curateur qui aura été nommé après l'émancipation ; au surplus, elle n'atteint pas le père, mais seulement les tiers.

D. — Le paragraphe premier de la Loi 45 suppose le cas où un impubère a perdu son procès par la faute de son tuteur. Un rescrit de l'empereur décide qu'il a la faculté d'agir d'abord contre le tuteur. On se demande quelle est l'utilité de ce rescrit, puisqu'il ne fait qu'appliquer une règle de droit commun. Il est vraisemblable que, s'il a déclaré qu'il fallait de préférence agir contre le tuteur, mais sous la réserve du droit de demander la *restitutio*, la pensée principale du rescrit portait sur l'admission de cette réserve. L'action contre le tuteur ne sera donc qu'une pure faculté ; mais toutes les fois que, dans cette espèce particulière, le mineur pourra se faire indemniser par un tuteur solvable, il devra choisir cette voie et s'en tenir là.

Du reste, la fraude du tuteur n'est pas une circonstance essentielle qui justifie le rescrit; et la

(1) L. 29, *princ.*, D., *de min.* XXV *ann.* ; — et INST., *de inut. stip.*, § 10.

solution serait identique, alors même qu'il n'y aurait de la part du tuteur qu'une simple faute : les textes sont formels sur ce point (1).

Telles sont les principales particularités qu'il nous était possible de signaler concernant l'application du bénéfice de *restitutio* au profit des impubères. Nous avions donc raison de dire, au début, que cette seconde partie de notre étude était tout-à-fait accessoire et ne devait nécessiter que très-peu d'explications.

(1) LL. 2, 3 et 5, C.; *si tutor vel curator intervenerit ;* — LL. 4 et 5, C., *si adversùs rem judicatam restitutio postuletur.*

APPENDICE

TRANSFORMATIONS SUCCESSIVES, DEPUIS L'ANCIEN DROIT ROMAIN JUSQU'A NOS JOURS, DE LA VIEILLE MAXIME : *MINOR RESTITUITUR NON TANQUAM MINOR, SED TANQUAM LŒSUS.*

A. — ANCIEN DROIT ROMAIN.

Originairement, nous le savons, les mineurs en arrivant à la puberté obtenaient la pleine capacité. Mais, comme la liberté absolue de disposer de leurs biens constituait pour eux un danger perpétuel, la Loi Plœtoria recula jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans la capacité pleine et entière. C'était un premier pas dans la voie de la protection au profit des mineurs, mais cette protection était insuffisante ; c'est pourquoi, ainsi que nous l'avons vu, l'Edit du préteur leur accorda la *restitutio in integrum* contre tous actes ou toutes omissions leur ayant causé une lésion.

Le pouvoir d'accorder la *restitutio* était, au début, presque illimité : on peut même dire avec M. de Savigny, que « la restitution était une institution très-dangereuse pour la sûreté du droit » (1). Qu'il y

(1) De Savigny, *op. cit.*, t. vii, p. 116 .

eût eu bonne ou mauvaise foi de la part de celui qui avait contracté avec le mineur ; que les formalités nécessaires pour rendre l'acte valable au point de vue civil eussent ou non été remplies ; que tout, en un mot, eût été ou non régulier, tant au point de vue de la forme du contrat qu'en ce qui concernait la capacité des parties contractantes : tout cela importait peu. Le contrat le plus sérieux et le plus régulier tombait, devant cette seule considération qu'il avait été préjudiciable au mineur : la restitution était donc accordée à celui-ci dans le sens le plus large.

Ce n'est pas, à proprement parler, à la qualité des personnes que l'on s'attachait. Nous savons, en effet, que le pupille même non autorisé pouvait toujours faire sa condition meilleure, c'est-à-dire obliger les tiers envers lui-même. Si, au contraire, le contrat fait par lui contenait une stipulation qui lui fût désavantageuse, la *restitutio* l'annulait. Mais on ne saurait dire que cette *restitutio* était fondée sur l'état de pupillarité, puisque le même contrat, s'il avait été avantageux, aurait été parfaitement valable et que le tiers n'aurait pas eu la faculté de le faire annuler en excipant de la minorité de son co-contractant. C'était, en d'autres termes, l'application du brocard fameux : *minor restituitur non tanquàm minor, sed tanquàm lœsus.* L'application de cette maxime avait lieu à propos de toutes sortes d'engagements.

On peut dire que pendant tout le droit romain, jusqu'à Justinien, l'abus de la *restitutio*, organisée comme il vient d'être dit, fut considérable. Cette institution prétorienne dépassa maintes fois le but que l'Edit s'était proposé, et il arriva fatalement qu'au lieu d'être et de demeurer une protection équitable,

elle devint un véritable danger, non-seulement pour les tiers, mais encore pour les mineurs eux-mêmes, dont elle ruina plus d'une fois le crédit.

B. — DROIT DE JUSTINIEN.

Il faut avouer qu'il était par trop rigoureux, dans l'ancien droit, de ne pouvoir faire en toute sécurité aucun contrat avec toute personne n'ayant pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis. C'était, par exemple, une véritable iniquité que de faire subsister en principe et au besoin de faire revivre, au moyen de la *restitutio*, l'obligation du débiteur qui, forcé de payer le mineur, avait fait le paiement à celui-ci en présence et avec l'assistance de son curateur : cependant il est constant que tel était le droit, comme cela résulte d'une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien (1).

Une première et notable restriction à l'exercice si abusif de la *restitutio* fut apportée par Justinien. Celui-ci a remédié au danger que nous venons de signaler en décidant que, si le débiteur du pupille a payé entre les mains du tuteur ou du curateur, après y avoir été autorisé par une sentence du juge, le paiement sera libératoire et le débiteur aura pleine et entière sécurité. Cette importante décision de Justinien se trouve dans une Constitution adressée aux avocats de Césarée, à l'instigation de Tribonien, questeur du palais (2).

Avec la domination impériale, surviennent d'autres restrictions, qui atténuent graduellement les

(1) L. 1, C., *si adversùs solutionem*.
(2) Inst., Lib. II, tit. VIII, § 2.

effets de la *restitutio*. Ainsi, celle-ci fut soumise au droit d'appel et fut placée à cet égard sur la même ligne que les jugements ordinaires; dès lors, « elle cessa de pouvoir être l'instrument d'une injustice irréparable (1) ».

Poursuivant la même voie, le préteur limita peu à peu, et d'une façon très-précise, les conditions auxquelles la *restitutio* serait accordée. Enfin, comme le dit M. de Savigny, il arriva que dans beaucoup de cas importants le préteur transforma la restitution en actions et exceptions ordinaires.

C. — ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

La maxime : *minor restituitur....*, a passé du droit romain dans notre ancienne jurisprudence. La doctrine de notre ancien droit, sur ce point, a été exposé par Thaumas. « Mais il ne faut pas s'en rapporter à lui pour savoir quelle était la portée de cette règle dans la matière qui nous occupe; car il se préoccupait plus de copier le droit romain, où la synthèse était beaucoup plus facile pour son esprit généralisateur, que de rapporter ce qui se passait en pratique » (2).

Nous devons nous rapporter davantage à Pothier, lequel admet en principe la maxime : *minor restituitur*, et dont la doctrine se résume en ceci : « L'incapacité du mineur consiste non pas dans l'incapacité de contracter, mais dans l'incapacité d'être lésé » (3).

(1) De Savigny, *op. cit.*, t. VII, p. 116-117.
(2) M. Thézard, à son cours de Code civil, sur l'explicat. historique des art. 1304 et suivants : (juin 1878).
(3) Pothier, *Traité des obligations* : t. Ier, 1re partie, chap. I, § 5, nos 40 et 52.

Basnage nous dit, de son côté, dans son Traité des Hypothèques : « Il n'y a que la lésion qui donne ouverture à la cassation d'un contrat fait par un mineur, de sorte que quand il ne s'en plaint point, et qu'au contraire il le ratifie, puisque le bénéfice de restitution est accordé à sa personne et qu'il ne peut être forcé de s'en servir contre son gré, le contrat doit obtenir son effet du jour qu'il a été passé, et non du jour de la ratification, parce qu'il ne tire sa force et son être de la ratification, mais qu'il subsiste de par soi-même, le mineur ayant été capable de contracter et de s'obliger (1).

Argou nous indique, lui aussi, qu' « il suffit qu'un mineur ait été lésé pour se faire restituer ». Il ajoute qu' « on n'examine presque jamais la cause de la lésion, ce qui met les mineurs dans une espèce d'interdiction, et leur fait souvent perdre l'occasion de faire de bonnes affaires, car personne ne veut contracter avec eux, parce qu'il n'y a point de sûreté » (2).

Fondée, nous dit M. Larombière, sur la distinction entre la pupillarité et la minorité, telles qu'elles étaient constituées dans le droit romain, la maxime : *minor restituitur*, « ne pouvait rigoureusement trouver place dans notre ancienne jurisprudence française, qui n'admettait qu'une minorité toujours une et identique d'un bout à l'autre. Dès lors, pour être conséquente avec son principe, elle aurait dû adopter les principes du droit romain à l'égard de la pupillarité, et reconnaître avec lui que

(1) Basnage, *Traité des hypothèques* : chapit. III, § 3.
(2) Argou, *Institution au Droit français* : T. 1, livre 1er, chap. VII, 3e alin.

l'incapacité du mineur, constamment en tutelle jusqu'à sa majorité, était par elle-même suffisante pour entraîner la nullité de droit de ses engagements contractés sans l'autorisation de son tuteur.

Quoi qu'il en soit, comme, après tout, l'action en rescision pour lésion lui semblait insuffisante pour protéger les intérêts du mineur, elle se borna à faire du défaut d'autorisation du mineur un moyen de restitution pour lésion, au lieu d'en faire le fondement d'une action en nullité pour incapacité » (1).

A l'origine, le roi avait seul le droit d'accorder la restitution en entier, puisque seul il pouvait suppléer au silence de la loi. Plus tard, le roi délégua ce pouvoir aux juges, au moyen de lettres-royaux appelées *lettres de rescision*. Mais la loi du 7 septembre 1790, ayant aboli les chancelleries des Cours, supprima du même fait les lettres-royaux que celles-ci délivraient. La conséquence de cette suppression, c'est qu'aucune autorisation ne fut plus nécessaire pour intenter les actions en restitution ou rescision, et que celles-ci se poursuivirent de la même façon que les actions en nullité.

D. — CODE CIVIL.

Nous devons nous demander si notre code a admis l'ancienne maxime : *minor restituitur*, avec le sens et la portée qu'y attachaient le droit romain et notre ancien droit français, ou si, au contraire, le Législateur de l'an XII a introduit sur ce point des restrictions ou des innovations. Nous ne pouvons, dans cette étude restreinte, entrer dans le détail des dif-

(1) Larombière, *Théorie et pratique des obligations* : Sous l'art. 1305, § 10 *in fine*, et note (3).

ficultés d'interprétation qu'ont soulevées les articles 1304 et suivants de notre code civil.

En conséquence, nous nous bornerons à formuler ce que nous avons à dire, de la façon suivante : les engagements contractés par le mineur en l'absence de son tuteur ne sont pas nuls de plein droit, excepté dans les cas où un texte formel de la loi les déclare radicalement nuls ; ils sont seulement annulables pour cause de lésion. — Nous en dirons autant pour les actes faits par le mineur émancipé, lorsque ceux-ci *excèdent les bornes de sa capacité.*

Si donc le mineur veut faire rescinder ces actes, non-seulement il devra prouver qu'il les a faits en temps de minorité, mais, en outre, il lui faudra établir qu'il en a éprouvé un préjudice. C'est donc bien, là encore, l'application de la règle : *minor restituitur non tanquàm minor, sed tanquàm lœsus.*

Cette solution résulte surabondamment du discours de M. Bigot-Préameneu, lequel a reproduit sur ce point la doctrine de Pothier, dans l'exposé des motifs qu'il fit à la séance du 7 pluviôse an XII. — « Les mineurs sont regardés, nous dit-il, à cause de la faiblesse de leur raison, et à cause de leur inexpérience, comme incapables de connaître l'étendue de leurs engagements : on peut contracter avec eux ; mais s'ils sont lésés, on est censé avoir abusé de leur âge. Leur capacité cesse pour tout acte qui leur est préjudiciable..... Dans leur qualité de mineurs, la moindre lésion suffit pour qu'ils se fassent restituer : ils n'ont pas besoin de recevoir de la loi d'autre secours, et, dans aucun cas, des gens capables de contracter ne doivent être admis à faire prononcer

la nullité d'un acte qui serait avantageux à des mineurs..... »

La doctrine de notre ancien droit, au point de vue qui nous occupe, a été modifiée par notre Code civil.

Dans notre ancienne Jurisprudence, en effet, l'action en rescision pour cause de lésion était admise, quand bien même on avait rempli toutes les formalités exigées dans l'intérêt des mineurs; ce qui a permis à Henrys de dire : « Vainement on aura observé les formalités, avis de parents, rapports d'experts, décrets de magistrats, tout cela n'empêchera pas que le mineur ne puisse rentrer dans son bien, s'il se trouve quelque lésion (1) ». En d'autres termes, celui qui avait acheté du mineur ou qui lui avait prêté n'échappait pas à la rescision, quand bien même il avait accompli les formalités de justice.

Une innovation sérieuse a été apportée par le Code civil sur ce point; et, si nous avons pu dire que le premier pas dans la voie des restrictions apportées à l'exercice de la restitution a été fait par Justinien, nous pouvons ajouter que les articles 1308 et suivants de notre Code civil ont franchi la deuxième étape. Ces articles indiquent les différents cas dans lesquels le mineur n'est point restituable; et l'article 1314 déclare que, lorsqu'un tuteur aura aliéné des immeubles ou fait un partage de succession après avoir rempli les formalités requises dans l'intérêt du mineur, celui-ci ne sera point restituable pour cause de lésion : il sera assimilé à un majeur.

(1) Cf. Bretonnier, *sur Henrys* t. 1, liv. 4, quest. 22; — et Larombière, *op. cit.*, art. 1314, n° 1.

Nous en avons fini avec la tâche que nous nous étions tracée. Nous terminerons cette étude, en indiquant que la Loi Italienne a fait encore un pas de plus que notre Code civil dans la voie des innovations dont nous parlons. L'article 1304 du Code civil Italien dit, en effet : « *Les actes accomplis de la manière voulue par la loi dans l'intérêt d'un mineur,* d'un interdit ou d'un incapable, *ont la force qu'ils auraient, s'ils avaient été faits par un majeur pleinement capable* » (1).

Avec une telle disposition, c'est, d'une façon générale, le droit à l'action en rescision elle-même qui s'éteint : il n'y a plus de place pour elle, quand les formalités voulues ont été remplies.

(1) Cf. Huc et Orsier, tome II, édit. de 1868, p. 278.

THÈSE

DE

DROIT FRANÇAIS

AVANT-PROPOS

A l'époque où la propriété n'était pas morcelée comme elle l'est aujourd'hui et où les transactions immobilières étaient relativement peu fréquentes; alors que, d'autre part, la fortune mobilière était si peu considérable qu'on pouvait, au point de vue de la ré daction de nos lois, partir du principe écrit dans la maxime : *res mobilis, res vilis;* — à cette époque, disons-nous, il était rare de voir un mineur posséder, durant le mariage de ses père et mère, un patrimoine d'une certaine importance.

Aujourd'hui, la face des choses a changé : l'accroissement énorme de la fortune mobilière a fait de la maxime plus haut citée un véritable non-sens. Combien sont-ils ceux qui, à l'heure actuelle, chiffrent leur fortune par plusieurs centaines de mille francs et qui ne possèdent pas un pouce de territoire!

Cette fortune se transmet avec une facilité extraordinaire. Nous constatons tous les jours, notamment,

des legs considérables faits par un oncle, un parent quelconque ou un ami, aux enfants ou aux petits-enfants de son frère, de son parent ou de son ami. Que le mobile de la générosité soit l'affection, un service rendu ou le pur caprice, le résultat est le même : c'est que journellement l'on voit un enfant mineur, jouissant du bonheur incomparable d'avoir son père et sa mère et ayant, par surcroît, l'avantage de posséder une fortune importante.

Mais, ces biens, il est incapable de les administrer : il a quelques années à peine ; la question d'intelligence et de capacité ne peut même pas se poser à son endroit.

Qui donc va gérer ce patrimoine ? — L'article 389, inséré dans le Code civil à une place qui n'est pas la sienne, nous donne la réponse. Il nous dit en propres termes que « le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs. »

Quelle sera l'étendue de cette gestion ? Aura-t-elle des limites, des conditions, un contrôle ? Et, si oui, quels seront-ils ?...

Si nous interrogeons l'article 389, puisque lui seul traite du point qui nous occupe, nous remarquons dans sa rédaction une telle sobriété de détails, qu'il ne peut nous répondre : cet article est si pauvre, qu'à lui seul il ne peut vivre. Cependant il n'est pas admissible qu'un enfant soit sans protection contre une administration qui, si elle doit être rarement infidèle, pourra néanmoins être imprudente et dangereuse ; contre des désordres et des dissipations qui, en définitive, sont possibles.

Depuis plus d'un demi-siècle, — en France, dans ce

pays intelligent entre tous, qui émet la juste prétention de marcher en tête de la civilisation et dont les Codes sont pris comme modèle et même copiés textuellement par les autres nations, — dans notre France, où les jurisconsultes abondent et où le bon sens domine, on n'a pas encore trouvé le temps d'ajouter quelques paragraphes à l'article 389 pour en fixer les conditions d'application.

Les auteurs, d'une part, les Cours et les Tribunaux, d'autre part, dans des discussions souvent répétées, se sont donné et se donnent encore libre carrière : ce n'est pas fini !... La Cour de Paris dira oui, quand celle de Bordeaux dira non : tant pis ! Elles sont présumées avoir raison toutes deux et consacrer également le principe de la vérité, même quand elles disent *(en droit pur, bien entendu)*, des choses contraires. Pour les mettre d'accord, il faudrait soumettre les deux cas en même temps à la Cour de cassation et aller jusqu'au bout : or, on n'ignore point que c'est là un luxe que le plaideur vulgaire ne peut s'offrir, même quand il le voudrait.

Il faut donc nous résoudre, tant qu'un texte de loi n'aura pas tranché positivement les difficultés pendantes, à chercher la solution de celles-ci dans la doctrine des auteurs et dans l'autorité de la jurisprudence, et cela malgré les controverses et en dépit du désaccord qui existe entre les différentes décisions rendues.

Pour être juste, toutefois, hâtons-nous d'ajouter que le pouvoir législatif s'est ému de la question. Lorsque la Loi du 27 février 1880, sur l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs en tutelle, fut portée devant le Sénat, un amendement

fut proposé par M. le sénateur Gazagne, demandant que cette loi, dont les dispositions n'étaient pas applicables aux enfants qui avaient encore leur père et leur mère, fût étendue, dans certains cas particuliers, au père administrateur légal.

Cet amendement fut combattu par M. Denormandie, rapporteur de la loi, lequel fit observer que celle-ci avait pour but unique de régler les pouvoirs des tuteurs, et « qu'il serait inopportun de trancher accidentellement la question, très-grave et très-controversée, de savoir quelles étaient les obligations du père administrateur légal des biens de ses enfants mineurs. »

Le Gouvernement lui-même prit part à la discussion et M. Cazot, garde des sceaux, demanda en ces termes le rejet de la proposition Gazagne : « Qu'il y « ait, dit-il, une loi générale à faire sur l'administra- « tion légale des père et mère, qu'il y ait lieu de com- « bler à cet égard les lacunes que notre législation « civile a laissé subsister, pour mon compte, j'en « suis persuadé. J'ajoute que je suis disposé à étu- « dier cette matière et à faire appel, s'il y a lieu, aux « lumières du Conseil d'Etat ; mais, Messieurs, ne « touchez pas à cette question incidemment, par « voie d'amendement à une loi qui a un tout autre « objet..... » (1)

Après cette déclaration si nette et si formelle du Ministre de la Justice, M. le sénateur Gazagne retira son amendement.

Le Gouvernement tint sa promesse, et le projet de loi annoncé par M. Cazot fut, après avoir été adopté par le Conseil d'Etat, présenté à la Chambre des

(1) *Journal Officiel* du 18 février 1880, page 1874.

Députés dans la séance du 26 novembre 1881 (1).

Nous ignorons si le projet de loi qui avait été présenté avait la prétention d'être parfait : nous ne le croyons pas, puisque le Gouvernement ne le proposait qu'à titre de projet et, par conséquent, l'offrait à la discussion publique. Nous ajouterons volontiers que ce projet, incomplet à certains points de vue, laissait une large place à la critique. Mais nous nous refusons complètement à admettre les conclusions de l'honorable M. Jacques Piou, consignées dans son rapport sur le projet de loi, lequel rapport a été déposé le 4 juillet 1887. Si, dans la séance du 22 mars 1890, le même rapporteur demandait la déclaration d'urgence à propos du projet de loi tendant à modifier les dispositions de l'article 767 du Code civil sur les droits du conjoint survivant ; et si, « pour justifier cette demande, il a suffi de faire remarquer à la

(1) Voici le texte de ce projet :

« Article unique.

L'article 389 du Code civil est complété par les dispositions suivantes :

Le père administrateur ne peut faire aucun acte excédant l'administration des biens de ses enfants mineurs, sans recourir à une autorisation de justice donnée par le tribunal en chambre du Conseil.

Sont considérés comme excédant l'administration, et soumis par suite à l'autorisation précédente, tous les actes d'aliénation, de conversion et d'emploi de valeurs mobilières prévus par les articles 1, 3, 4, 5, 6 et 10 de la loi du 27 février 1880. La conversion et l'emploi seront accomplis dans le délai de trois mois, à partir du jour où les biens seront advenus aux mineurs.

Le père administrateur peut, sur sa demande, en cas d'infirmités graves, être déchargé par le tribunal de son administration.

Il peut, sur la demande des parents des mineurs, ou sur l'initiative du ministère public, en être privé par le tribunal pour cause d'inconduite notoire, d'incapacité ou d'infidélité.

« Dans tous les cas où le père administrateur a été déchargé ou privé de son administration, le tribunal, à la requête des parents des mineurs ou sur l'initiative du ministère public, désigne en chambre du Conseil la mère ou un tiers administrateur pour le remplacer. »

Chambre que le dit projet était à l'étude depuis 18 ans » (1), des motifs juridiques d'égal intérêt devaient, à notre humble avis, fait déclarer l'urgence sur le projet de loi présenté le 26 novembre 1881.

Il est vrai qu'un contre-projet, comprenant dix-huit articles et dû à l'initiative parlementaire, a été présenté à la Chambre des députés par M. Bisseuil, dans la séance du 15 décemdre 1881, et que ce contre-projet, qui propose l'abrogation de l'article 389 pour le remplacer par des dispositions qui formeraient à elles seules la matière d'un chapitre de notre Code, ne présentait peut-être pas, dans la question qui nous occupe, la solution cherchée.

Quoiqu'il en soit, nous regrettons profondément qu'on se soit borné à rejeter purement et simplement, à l'aide de considérations qui n'ont pas subi la discus-sion publique qu'elles devaient au contraire provoquer, un projet de loi touchant une ques tion tellement grave que, au mois de février 1880, la Chambre des Députés refusa de la trancher par voie d'amendement et décida de la réserver à plus tard pour la soumettre à un examen digne de cette question elle-même, c'est-à-dire à toute l'attention sérieuse et approfondie de nos législateurs.

La critique est aisée, savons-nous ; mais il paraît que, surtout dans la question qui nous occupe, l'art est difficile ; puisque, malgré les controverses, décisions contradictoires de la jurisprudence, projets de loi, contre-projets et amendements, la délicate ques-

(1) *Journal Officiel* du 23 mars 1890 ; Chambre des Députés, séance du 22 mars ; page 604.

tion qui nous occupe n'a pas fait un pas, au point de vue positif, depuis plusieurs dizaines d'années qu'elle est à l'étude.

Nous lisons, dans le rapport du 4 juillet 1887 : « L'expérience a montré que les auteurs du Code civil avaient fait preuve d'une profonde sagesse en ne cherchant, pour les enfants, d'autre sauvegarde que la tendresse de leurs parents. A quoi bon inventer des remèdes pour des maux qui ne sont pas révélés ? A quoi bon toucher, sans nécessité absolue, à ces choses délicates et sacrées qui s'appellent l'orgaganisation de la famille, l'autorité paternelle, les rapports du père et de l'enfant ? L'initiative prise par le Gouvernement ne se justifie ni par les réclamations de l'opinion, ni par la persistance de longs abus. »

Il nous est impossible, nous avons le regret de le dire, de nous associer à une telle manière de voir.

Les parents ont tous, nous le reconnaissons, (et sauf les exceptions qui vont corroborer notre thèse,) de la tendresse pour leurs enfants : c'est la loi de la nature. Mais la triste réalité des choses nous oblige de constater qu'il y a toujours eu, qu'il y a et qu'il y aura toujours de regrettables exceptions. Et si on a pu parler « des maux qui ne se sont pas révélés », c'est qu'on a fait quelque peu abstraction de la statistique judiciaire de ces dernières années. Nous ne rappellerons pas, avec M. Gazagne, le fait dont il affirme avoir été témoin, à savoir l'exemple de ce père de famille qui, « pour parvenir à se dédommager d'une fortune dont il se prétendait privé, a immédiatement transformé cette fortune en achat de fonds turcs, afin d'augmenter ses revenus, » et

à l'enfant duquel il ne resterait plus comme garantie qu' « une hypothèque sur le sérail » (1).

Nous ne parlerons point non plus d'autres exemples récents, dans lesquels un père de famille a pu se servir des fonds de ses enfants pour spéculer sur les actions du port d'Antioche ou sur d'autres valeurs d'égale consistance.

La seule chose que nous ayons à retenir, pour établir et justifier notre thèse, c'est que, si le principe admis dans le rapport qui a fait rejeter le projet de loi du 26 novembre 1881 est vrai en général, des exceptions sont possibles, qui, en fait, se produisent trop fréquemment.

Or, une exception possible suffirait pour commander la règle positive que nous réclamons. Car, après tout, *quod abundat non vitiat*, et il vaut mieux faire une loi qui soit inutile dans la majorité des cas, que d'exposer, fût-ce une seule fois, des intérêts aussi sacrés que ceux dont il s'agit à être compromis ou dilapidés faute d'un texte positif qui en réglemente l'administration.

Prenons l'exemple d'un commerçant qui, ayant toujours été honnête et laborieux, n'a cependant pas prospéré. Il a épuisé toutes ses ressources. Mais il a un fils, lequel a reçu d'un bienfaiteur, parent ou ami, un legs d'une certaine somme, représenté par une valeur mobilière. Le jour où le père, qui a l'administration de ce pécule, n'aura plus d'argent dans sa caisse et où il sera menacé de la faillite; lorsqu'il aura usé de la dernière ressource en offrant à ses créanciers la signature de sa femme, peut-on croire

(1) *Journal Officiel* du 18 février 1880, p. 1871.

que la tendresse que le père ou la mère ont pour leur fils devra être réputée indispensablement une sauvegarde suffisante à l'effet d'empêcher le père qui est dans la détresse d'utiliser (vous pouvez traduire : dissiper) le titre de rente ou la valeur mobilière qui appartient à son enfant?... Quand on a été laborieux et honnête, il est difficile de se persuader qu'un gain manqué ne peut pas être ressaisi : on se fait toujours illusion, (c'est là encore une loi de la nature), et cette illusion est de telle intensité que, dans la plupart des cas, le père de famille n'hésitera pas à essayer de regagner ce qu'il a perdu, c'est-à-dire à jouer la dernière partie, avec les fonds que sa tendresse paternelle devrait faire considérer comme un dépôt sacré et garantir contre toute atteinte.

Oui ou non, des hypothèses comme celle qui vient d'être décrite appartiennent-elles au domaine de la vraisemblance où à celui de la réalité? — Poser la question, c'est y répondre.

Donc c'est à tort qu'on n'a pas suivi et discuté le projet de loi tendant à modifier ou, du moins, à compléter l'article 389 du Code civil. L'initiative du Gouvernement et l'initiative parlementaire dont nous avons plus haut parlé prouvent que le point qui nous occupe et *nous préoccupe* mérite un très-sérieux examen. Si des opinions contraires ont été émises par les auteurs les plus autorisés ; si de sérieuses divergences se sont élevées et continuent d'exister entre des Cours d'appel et des Tribunaux également soucieux de proclamer la vérité et de sanctionner le droit, c'est qu'il y a, dans notre question, quelque chose à faire ; c'est que, en d'autres termes, le litige n'est pas tranché et qu'il a besoin de l'être.

Nous savons bien que, dans le rapport du 4 juillet 1887, on s'est reposé en toute sécurité sur l'appréciation des tribunaux et que, comme on ne pouvait nier les divergences existant entre les décisions rendues par ces derniers, on a proposé comme suprême remède le recours en cassation. Mais, nous l'avons dit et nous le répétons, cette voie extraordinaire de recours n'est permise, en thèse générale, qu'à un petit nombre d'élus. Par suite le remède, s'il est efficace, n'est pas à la portée de tous; il ne peut donc pas devenir la loi commune.

Nous terminerons cette trop longue digression en rapportant la réponse faite par l'honorable M. Bressolles, professeur à la Faculté de droit de Toulouse, aux motifs qui ont fait repousser l'amendement proposé par M. le sénateur Gazagne. « Ce n'eût pas été, dit-il, sortir des vues générales de la loi et y introduire un élément étranger, comme on l'eût fait si on eût parlé des femmes mariées et des prodigues. On étudie depuis longtemps les droits successoraux du conjoint survivant et l'on propose la réforme du Code civil à cet égard; les avis sont divers et, quoique remontant à plus de soixante ans, la question n'est pas encore mûre, paraît-il (1); mais cela n'a pas empêché que dans la loi du 14 juillet 1866, sur la *propriété littéraire*, et même dans la loi du 25 mai 1875, sur les *déportés*, on l'ait résolue partiellement, pour telles situations données. »

Il est bien certain que, si on avait réglementé, fût-ce même par voie d'amendement, les conditions

(1) Cette loi, votée par la Chambre des Députés le 22 mars 1890, vient d'être votée également par le Sénat, en première lecture, au moment où nous faisons imprimer ces lignes.

d'application de l'art. 389, nous ne serions pas, comme nous le sommes, complétement désarmés. Mais on a préféré, (ce qui était louable au fond), faire un projet complet sur la question ; puis on a opposé à celui-ci, qu'on trouvait incomplet, un contre-projet : le résultat, c'est qu'on n'a rien fait d'utile.

Cette question « très-grave et très-controversée », qu'il était, d'après M. Denormandie, inopportun de trancher accidentellement, est toujours dans le même état. Nous voilà donc réduit, pour savoir comment doit être réglée l'administration légale, à étudier l'art. 389 et à chercher, nous pourrions presque dire à deviner, quelle portée ont entendu attacher à cet article par trop laconique les législateurs de l'an XI.

Cette tâche que nous nous sommes imposée, nous la remplirons avec conscience, de même que nous avons formulé, avec une indépendance et une conscience égales, les critiques qui devaient à notre avis trouver place dans cette introduction.

Puissions-nous être les derniers à formuler de telles critiques! Et, puisqu'il s'agit de l'intérêt mille fois sacré de nos enfants, puisque des abus sont possibles et que nous en avons des exemples, puisque, en un mot, il y a de ce chef quelque chose à faire au point vue législatif, nous conjurons Messieurs les Députés et Messieurs les Sénateurs de se mettre à l'œuvre. — « Le commencement est la moitié du tout, » dit le proverbe. Quand ils auront commencé et quand la discussion aura été provoquée publiquement, nous avons la ferme assurance qu'il en jaillira quelque chose d'utile, c'est-à-dire une loi

qui, quelle que soit sa forme et quelles que soient ses dispositions, donnera satisfaction aux intérêts les plus légitimes, en mettant fin, d'autre part, à des controverses juridiques qui n'ont aucune raison d'être.

Notre étude sera divisée en quatre chapitres, *comme il suit :*

Chapitre Ier. — Nature et portée du droit d'administration légale. Aperçu historique sur la question.

Chapitre II. — Quelles personnes ont droit à l'administration légale ?

Chapitre III. — Règles et conditions d'exercice de l'administration légale. Pouvoirs et obligations du père administrateur. Hypothèse où il existe un conflit d'intérêts entre celui-ci et son enfant mineur.

Chapitre IV. — Extinction du droit d'administration légale.

CHAPITRE PREMIER

NATURE ET PORTÉE DU DROIT D'ADMINISTRATION LÉGALE.

§ 1er. — APERÇU HISTORIQUE SUR L'ADMINISTRATION LÉGALE. — SYSTÈME DE L'ANCIEN DROIT ET DE NOTRE CODE CIVIL.

A l'instar du droit d'éducation, le droit *d'administration légale* est une conséquence et un attribut immédiat de la puissance paternelle. C'est le droit qu'a le père pendant le mariage de gérer les biens personnels de ses enfants mineurs. Ce droit appartient au père parce que, en principe, c'est à lui seul qu'est conféré l'exercice de la puissance paternelle, base juridique de l'administration légale.

Il ne faut pas confondre cette administration avec la tutelle.

I. — On distinguait déjà, du reste, dans notre ancienne jurisprudence entre la gestion tutélaire et la *loyale* ou *légitime administration*, qui était consi-

dérée comme un attribut de la *mainbournie* ou puissance paternelle (1).

Dans les pays de droit écrit aussi bien que dans les pays de coutume, on regardait le père comme le légitime administrateur des biens de ses enfants pendant toute la durée du mariage. On ne faisait guère en cela qu'appliquer les traditions du droit romain sur le *pécule adventice* : on sait, en effet, que l'empereur Constantin, en créant ce pécule, avait défendu au père de famille de l'aliéner et lui avait fait en même temps un devoir de l'administrer avec sagesse et diligence.

A. — Un certain nombre de nos anciennes Coutumes, cependant, avaient confondu la tutelle légitime et l'administration. La coutume du Nivernais dit, dans son article 2, que *tutelle ou administration Légitime, à défaut de père, est déféré à la mère des mineurs.....* » — La coutume de Bourbonnais dit, de son côté, dans son article 175, que la mère est « *tutrice et Légitime administraresse de ses enfans mineurs.* » — La coutume d'Auvergne, (titre XI, art 4,) employant les mêmes expressions que la coutume de Bourbonnais, indique que « la mère âgée de vingt-cinq ans est *tutrice et administraresse* de ses enfans mineurs. » — Enfin la coutume de Berry, sous l'art. 22 du titre 1er, dit que « le père est Légitime administrateur des biens maternels et autres adventifs, appartenant à ses enfans étant en sa puissance » ; mais, comme nous le fait remarquer Merlin, « il faut tenir que, dans la coutume de Berry, le droit de Légitime administration n'est guère autre chose que la

(1) *Notes de* Laurière *sur Loisel*, t. I, p. 203; — et *Somme de* Boutillier, liv. 1, tit. 75.

garde noble ou bourgeoise, à laquelle il ressemble d'ailleurs par beaucoup d'autres points » (1).

B. — Mais si la confusion dont nous parlons a été faite par les coutumes, les différents auteurs qui les ont commentées ont eu le soin de relever l'erreur.

Ainsi, Guy Coquille, dans son commentaire sur l'art. 2 de la coutume de Nivernais, dit fort bien que « Tutelle Légitime, et administration Légitime, à parler proprement, sont deux choses diverses. » Et il ajoute : « Le père se dit Légitime administrateur de son enfant, qui est en sa puissance; et quand l'enfant est émancipé, le père devient Légitime tuteur : mais, selon le commun usage, les-deux sont confondus. Selon cette propriété, la mère ne peut avoir la Légitime administration; car elle ne peut avoir ses enfans en sa puissance, mais bien peut avoir la tutelle Légitime. »

Cette distinction a été faite encore par Eusèbe de Laurière, dans ses notes sur les Institutes coutumières de Loysel. « Il faut remarquer, nous dit cet auteur, qu'il y a cette différence entre le bail ou le gardien et le légitime administrateur, que les mères comme les pères ont le bail ou la garde de leurs enfants, au lieu qu'il n'y a que le père seul qui soit légitime administrateur de leurs biens » (2).

La coutume de Paris décide : « Que si le fils étant mineur et non émancipé a des biens provenant d'ailleurs que de ses père et mère étant encore vivants, le père en est le légitime administrateur, et à l'effet de jouir de ses biens, le père peut émanciper son fils

(1) Merlin, *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, V° *Légitime administration*; 4e édit., t. vii, p. 186.

(2) *Edition de MM. Dupin et Laboulaye*. Paris, Durand, 1846, t. 1er, p. 203.

à l'âge qu'il le trouvera capable de les administrer, de dix-huit à vingt ans, mais il ne peut être contraint. — Que si la mère est décédée, le père devient le tuteur légitime et naturel..... »

Enfin Bourjon, nous parlant de la puissance des pères de famille sur leurs enfants, nous dit : « Leur pouvoir est un pouvoir de direction, tempéré par la piété paternelle (Tit. v, chap. 1er, section 1re, i).

Hors le cas de garde-noble ou bourgeoise, les pères ne font pas leurs, les fruits et revenus des biens de leurs enfans (*Eod. loc.*, sect. III, XI).

Cette dépendance (des enfants) n'emporte pas la perte de leurs revenus, dont ils ont droit de demander compte, déduction faite de leur dépense légitime..... (Tit. v, chap. II, section 1re, III) (1). »

Voilà pour le droit coutumier, au point de vue de la question qui nous occupe.

C. — Dans les pays de droit écrit, l'administration du père est considérée comme une conséquence de l'usufruit qui lui appartient ; elle ne s'exerce que sur les biens qui sont soumis à cette jouissance : « *Pater legitimus filii administrator non est in iis bonis, quorum non habet usumfructum* ».

Quant à la mère, jamais elle ne participait à l'exercice de la puissance paternelle. On ne l'en jugeait pas digne, bien que sa tendresse pour ses enfants ait été, dans tous les temps, regardée comme le symbole de la plus ardente sollicitude (2).

II. — Nous avons à nous demander si le Code civil a suivi la doctrine de nos anciens auteurs, c'est-à-

(1) Bourjon, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris ;* édit. de 1747, t. Ier, p. 34, 35 et 46.

(2) Chardon, *Traité des trois puissances*, t. 2, p. 4.

dire s'il a consacré la distinction dont nous venons de parler.

La réponse n'est pas douteuse, si l'on consulte les Travaux préparatoires.

Les observations suivantes, présentées par le Tribunat, sur la demande duquel l'art. 389 fut introduit dans notre Code, indiquent de la façon la plus nette qu'on n'a pas entendu assimiler l'administration légale à la tutelle. « Jamais, jusqu'à ce jour, (nous disent ces observations), le père ne fut qualifié tuteur de ses enfants avant la dissolution du mariage. Si, pendant que le mariage existe, la loi n'admettait aucune différence entre le père et le tuteur proprement dit, il faudrait que le père fût, par rapport aux biens personnels de ses enfants, assujetti durant le mariage à toutes les conditions et charges que la loi impose au tuteur. Il faudrait que le père fût sous la surveillance d'un subrogé-tuteur, sous la dépendance d'un conseil de famille, etc., ce qui répugne à tous les principes constamment reçus.

Il paraît évident que jusqu'à la dissolution du mariage, le véritable titre du père, et le seul qu'il puisse avoir dans l'hypothèse dont il est ici question, est celui d'administrateur » (1).

« On ne considère comme mineur, a dit le consul Cambacérès, que celui qui n'est plus sous la puissance paternelle, car un tuteur est inutile à l'enfant que régit encore cette puissance » (2).

Enfin M. Berlier, en reproduisant, dans son exposé des motifs présenté au Corps législatif, la pensée exprimée par le Tribunat, n'est pas moins explicite.

(1) Locré, *Législation civile*, t. VII, p. 15.
(2) *Procès-verbal du 26 frimaire an 10.*

« Tout mineur, dit-il, n'est pas nécessairement en tutelle. Celui dont les père et mère sont encore vivants trouve en eux des protecteurs naturels ; et, s'il a quelques biens personnels, l'*administration* en appartient au père.

La tutelle commence au décès du père ou de le mère ; car alors, en perdant un de ses protecteurs naturels, le mineur réclame déjà une protection spéciale de la loi. » (1)

Nos législateurs, on le voit, ont reconnu que l'administration légale et la tutelle n'avaient pas le même fondement. La première trouve sa garantie dans la rivalité de la double affection paternelle et maternelle ; elle constitue un régime de confiance, lequel ne devra céder la place aux rouages compliqués de la tutelle que lorsque le concours d'affectueuse protection dont nous venons de parler aura cessé d'exister.

La tutelle ne s'ouvre ou n'est déférée que dans les circonstances et d'après les règles tracées positivement par la loi civile ; tandis que le droit d'administion légale appartient au père en vertu de la puissance paternelle, c'est-à-dire *ipso facto*, par ce seul fait que l'enfant soumis à cette puissance a des biens personnels. Il y a plus : le droit d'administration, inhérent à la puissance du père, est né en même temps que cette puissance et avant qu'il ait pu être exercé ; la tutelle, au contraire, ne naît que lorsque son exercice et son fonctionnement sont devenus nécessaires.

Ajoutons que, de même que l'administration légale

(1) Fenet, *Travaux préparatoires du Code civil*, t. x, p. 639.

se distingue de la tutelle, ainsi elle se distingue de l'usufruit légal. On peut dire à ce propos que « l'administration légale est une *charge* imposée au père en vue de la sauvegarde des intérêts de l'enfant, tandis que l'usufruit légal, au contraire, est un *avantage* conféré au père ou à la mère survivante, en compensation du devoir d'éducation et d'entretien qui leur incombe » (1).

III. — Il convient, à notre avis, de compléter le parallèle que nous venons d'établir entre l'administration légale et la tutelle, en énonçant à cette place les deux principales différences qui ont été signalées entre ces deux institutions et qui sont universellement reconnues :

1° Le subrogé-tuteur, en matière de tutelle, est nommé par le conseil de famille pour surveiller la gestion du tuteur et pour représenter le mineur en cas de conflit d'intérêts entre celui-ci et ledit tuteur. — En matière d'administration légale, au contraire, il n'y a point de subrogée-tutelle possible.

2° L'hypothèque légale qui grève les biens du tuteur ne frappe pas ceux de l'administrateur légal.

Ces deux points trouveront plus loin leur développement.

§ II. — L'ADMINISTRATION LÉGALE EST-ELLE D'ORDRE PUBLIC ?

Cette question, assurément très-grave, est l'une des plus controversées dans la matière qui nous

(1) FUZIER-HERMAN, *Répertoire général alphabétique du Droit français, V° Administration légale*, n° 4.

occupe. Elle était, du reste, déjà discutée dans notre ancien droit.

Plusieurs systèmes ont été proposés.

— 1° Dans une première opinion, nettement tranchée, on soutient que l'administration légale est d'ordre public et que, par suite, toute dérogation qui y serait apportée doit être déclarée nulle, conformément à l'art. 6 du Code civil qui défend de déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public, ou bien réputée non écrite, en vertu des dispositions de l'art. 900 du même Code.

M. Laurent nous dit à ce sujet (1) : « C'est au père que cette administration appartient durant le mariage. Elle tient donc à la puissance paternelle et au mariage, deux institutions qui sont essentiellement d'ordre public... Cette administration est un devoir ; or, une obligation imposée au père, en sa qualité de père, n'est-elle pas essentiellement un attribut, une dépendance de la paternité, donc d'ordre public ? Cela est décisif..... Ce que le législateur a négligé de faire (en ne permettant pas de déroger à l'administration légale), le juge le peut-il ? Ici est le vrai nœud de la difficulté. »

Non-seulement, nous dit M. Toullier, soutenant le même système, la clause qui enlèverait au père l'administration légale est contraire à l'ordre public, mais elle est « même contraire aux bonnes mœurs, en ce qu'elle tend à inspirer aux enfants du mépris ou de la défiance contre les auteurs de leurs

(1) Laurent, *Principes de droit civil français*, 3e édit., t. iv, nos 297 et 298.

jours, et à affaiblir la puissance paternelle, l'une des bases de l'ordre social (1).

IIº. — Dans un second système, qui est celui de la Jurisprudence, on considère qu'en principe la clause qui enlève au père l'administration légale est valable, qu'elle ne porte pas atteinte aux attributs essentiels de la puissance paternelle, et qu'elle n'est contraire ni aux bonnes mœurs ni à l'ordre public. Le dernier arrêt intervenu sur la question paraît être celui rendu par la Chambre civile de la Cour de cassation le 3 juin 1872, lequel a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Poitiers du 17 janvier 1870 (2). Nous pouvons citer dans le même sens un arrêt, plus récent encore, rendu par la Cour de Nancy le 12 novembre 1874 (3).

IIIº. — Enfin, dans une troisième opinion, qui est celle professée par MM. Aubry et Rau et par M. Demolombe, on établit une distinction.

Ainsi, la clause qui enlève au père l'administration légale sera valable si elle a été inspirée par un sentiment de bienveillance pour les enfants et si elle a pour but de sauvegarder leurs intérêts; dans le cas, par exemple, où on a craint que les valeurs ou les biens donnés ne fussent compromis ou dissipés, si on les laissait entre les mains du père, qui est peut-être insolvable, prodigue ou dissipateur. La clause devra être annulée, au contraire, si elle n'a été dictée

(1) Toullier, *Droit civil français*, 6e édit., t. 2, nº 1068 *in fine* ; — Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 5e édit., t. 2, p. 160 ; — Demante, *Cours analytique de Code civil*, t. 2, nº 133 *bis* III.

(2) Cf. Dalloz P., 1872. 1. 241 ; — Sirey, 1872. 1. 273. — *Adde* : *Code civil* de Fuzier-Herman, art. 389, nº13, et les autorités qui y sont citées.

(3) Sirey, 1875. 2. 44.

que par un sentiment de haine, de vengeance ou de malveillance contre le père (1).

« Parmi les attributs de la puissance paternelle, disent MM. Aubry et Rau, il en est qui, tenant à l'essence même de cette puissance, à laquelle ils se trouvent intimement liés, ne peuvent en être démembrés par aucune convention ou disposition de l'homme. Tels sont le gouvernement de la personne et la garde des enfants. Il est d'autres droits, au contraire, qui constituent bien des attributs ordinaires de la puissance paternelle, mais qui peuvent en être détachés sans altérer son essence. Tels sont l'usufruit paternel et l'administration légale » (2).

M. Demolombe, dans le même ordre d'idées, dit de son côté : « Il ne m'est pas possible de considérer toujours et absolument comme contraire à l'ordre public une condition, qui peut être très-sage, très-sensée, très-utile, une condition telle que la législation qui la défendrait devrait, selon moi, être considérée comme imprévoyante et défectueuse. Aussi le droit romain l'avait-il expressément autorisée Novelle 117, chap. 1er.) » (3).

Donc, d'après la troisième opinion, la question de savoir si la clause litigieuse est ou non valable deviendra une question de fait et, comme telle, sera laissée à la sage appréciation des tribunaux.

— En ce qui nous concerne, nous nous rallions au principe posé par la Jurisprudence. Nous dirons donc que la clause par laquelle un testateur retire

(1) Cf. *Note* (4), sous l'arrêt précité, Dalloz P., 1872. 1. 241.

(2) Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*, 4e édit., t. Ier, p. 502, note 15.

(3) Demolombe, *Cours de Code civil*, t. vi. p. 365, no 458 *in fine*, et les autorités qui y sont citées.

au père l'administration légale devra toujours, en thèse générale, être considérée comme valable; elle ne peut constituer en elle-même, par le seul fait qu'elle a été écrite, une atteinte à la puissance paternelle. Cette solution se justifie par un motif de droit et par une raison de fait, aussi puissants l'un que l'autre.

En droit, ainsi que cela est fort bien exprimé dans un jugement du tribunal de Tours du 18 mai 1869, qui a été confirmé sur ce point par un arrêt de la Cour d'Orléans du 5 février 1870 (1), « *l'administration* de la fortune du mineur par le père *n'est pas une attribution essentielle* de la puissance paternelle ; elle peut être confiée à des mains étrangères, sans que la puissance du père sur la personne de son enfant soit altérée ni compromise. On peut comprendre, en effet, la plénitude de cette puissance paternelle sans l'administration de la fortune, puisque les adversaires mêmes de cette doctrine admettent des cas où le père pourrait être destitué de l'administration des biens et qu'ils ne la demandent pas pour le père devenu veuf. »

En fait, notre opinion se justifie par des considérations puissantes tirées de l'intérêt sagement compris du mineur. Ne voyons-nous pas, tous les jours, dans semblable hypothèse, un grand-oncle ou un parent léguer sa fortune à tel ou tel de ses parents ou de ses arrière-neveux, avec cette condition expresse que les biens légués seront administrés, non par le père, mais par une autre personne, honorable, sage et expérimentée, qui aura mission de gérer et de faire

(1) Dalloz P., 1870. 2. 49.

fructifier le patrimoine dû à la générosité du bienfaiteur?... Il peut se faire que le père du légataire soit un dissipateur ou bien un administrateur incapable. Le testateur sait que ce père, qui a des revenus surabondants, ne gère pas sa fortune d'une façon prudente et raisonnable, qu'il dépense tous ces revenus, parfois même en folles dépenses, et que, par suite, s'il devait avoir l'administration des biens légués à ses enfants, les intérêts de ceux-ci seraient immédiatement exposés à être gravement compromis. Cela se voit tous les jours et partout.

Qu'arrivera-t-il donc, dans cette hypothèse, si la loi doit frapper de nullité, comme étant contraire à l'ordre public, la disposition par laquelle le testateur confère à un autre qu'au père l'administration des biens donnés ? — La réponse est bien simple : le tiers, en cette occurrence, supprimera sa libéralité, plutôt que de donner ses biens avec la certitude presque absolue qu'ils seront compromis ou dissipés par l'incapacité ou la prodigalité du père, étant donné surtout que l'hypothèque légale qui grève les biens du tuteur ne frappe pas ceux de l'administrateur. D'où la conséquence que la solution contraire à celle que nous adoptons, dans la question qui nous occupe, peut avoir comme résultat immédiat de porter une atteinte directe et sans remède aux intérêts légitimes et bien compris du mineur. Le père et l'enfant seraient frappés du même coup : il faut avouer que c'est une conclusion peu consolante et un remède peu pratique.

Il est bien entendu que, si en enlevant au père l'administration légale on touchait en même temps à un autre attribut qui serait un attribut essentiel de

la puissance paternelle, une telle disposition, si elle était indivisible, ne saurait être validée ; tandis qu'au contraire les tribunaux devront déclarer valable toute clause qui ne portera atteinte qu'à l'administration légale. Nous ajoutons que, si la clause comprend à la fois deux dispositions qui soient divisibles, la nullité de l'une n'aura pas d'influence sur l'autre, (sur celle, par exemple, qui enlève le droit d'administration), et n'en entraînera pas la nullité. (1).

Dans cet ordre d'idées, nous ne parlons pas, et à dessein, de la clause qui tendrait à priver le père du gouvernement de la personne de l'enfant. Il est clair qu'une telle disposition serait nulle comme portant atteinte aux droits essentiels de la puissance paternelle, lesquels, nous le savons, ne peuvent pas être modifiés par contrat de mariage et encore moins, pourrait-on dire, par testament.

La solution que nous adoptons avec la Jurisprudence trouve son fondement dans l'application, par analogie, de l'art. 387. Si on peut retirer au père la jouissance légale des biens donnés à son enfant mineur, *a fortiori* doit-on pouvoir lui retirer l'administration de ces mêmes biens. On objecte, il est vrai, qu'il a fallu un texte (l'art. 387) pour permettre de déroger à l'art. 384; or, ajoute-t-on, une semblable dérogation, en ce qui concerne l'art. 389, ne saurait, à défaut de texte positif l'autorisant, être permise à la volonté des particuliers (2). Nous répondrons, avec un arrêt de la Cour de Nîmes du 20 décembre 1837,

(1) Cf. *Cassat.*, 9 janvier 1872; — Sirey, 1872. 1. 107; — Dalloz P., 1872. 1. 128.

(2) Laurent, *op. cit.*, t. iv, n° 298.

que l'autorisation légale de déroger à l'art. 389 se trouve implicitement contenue dans l'art. 387. Et nous ajouterons, avec cet arrêt, « qu'aux termes de l'art. 389, le père est, il est vrai, l'administrateur légal des biens personnels de ses enfants mineurs ; mais que tirer de là cette conséquence, qu'en attribuant ce droit, ou, pour mieux dire, cette charge à un père, le législateur a impérieusement voulu que, par suite de la volonté d'un testateur, cette charge ne pût être confiée à un autre, cette conséquence serait forcée, puisqu'elle aurait pour résultat de créer une prohibition, une sorte de nullité qu'aucun des articles de nos Codes n'ont prévue. » (1).

(1) Sirey, 1838, 2. 270. ; — Dalloz, *Jur. Gén.*, V° *Disposit. entre-vifs*, n° 122, [note (1), 3e espèce].

CHAPITRE II

QUELLES PERSONNES ONT DROIT A L'ADMINISTRATION LÉGALE ?

§ I. — EN PRINCIPE, CETTE ADMINISTRATION APPARTIENT AU PÈRE.

La puissance paternelle constitue, avons-nous dit, la base juridique de l'administration légale. Or, comme la loi confie au père seul, pendant le mariage, l'exercice de cette puissance paternelle, elle devait, par voie de conséquence forcée, confier au père tout seul l'administration légale. C'est pourquoi le Code civil, sous l'article 389, a dit : « Le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs ».

Le plus ordinairement, le père de famille a, en même temps que l'administration, la jouissance légale des biens de ses enfants jusqu'à ce que ceux-ci aient accompli leur dix-huitième année. Le jour où il aura cessé de jouir, c'est-à-dire de s'approprier les fruits et de les employer à son usage, il n'en continuera pas moins d'administrer, et cela ne

vertu de son droit de puissance paternelle, lequel (ainsi que l'a dit M. Bigot-Préameneu, lors de la discussion devant le Conseil d'Etat relative au droit de correction), « est fondé sur la juste présomption que le père n'usera de son autorité que par un sentiment d'affection et pour l'intérêt de l'enfant » (1). Le motif sera également vrai, qu'on l'invoque pour la personne même de l'enfant ou pour ses biens.

Le mandat général qui est ainsi confié au père pendant la durée du mariage est illimité et s'applique à tout ce qu'embrasse le droit dont il est investi. En conséquence de ce mandat, « les mineurs soumis à l'administration légale sont, en général, nous disent MM. Aubry et Rau, représentés par leur père dans tous les actes de la vie civile, soit judiciaires, soit extra-judiciaires » (2).

§ II. — LE PÈRE ET LA MÈRE *NATURELS* ONT-ILS DROIT A L'ADMINISTRATION LÉGALE ?

Si les enfants légitimes peuvent avoir un patrimoine propre pendant leur minorité, cela arrivera aussi, quoique plus rarement, pour les enfants naturels. Or, la loi, qui a pris soin d'indiquer dans l'art. 389 à qui appartiendrait la gestion du patrimoine des premiers, est muette au sujet de l'administration des biens des derniers. Que faire alors ?.....

Le silence de notre Code sur ce point a été diversement interprété, et la controverse a donné lieu à

(1) Locré, *Législ. civ.*, t. VII, p. 215.
(2) Aubry et Rau, t. I[er], § 123, p. 503.

deux opinions, qui ont été soutenues l'une et l'autre par des auteurs très-autorisés.

I° — Un premier système, qui est celui professé par MM. Dalloz et par M. Laurent, assimile le père naturel au père légitime au point de vue de l'administration légale.

Il n'est pas douteux, dit-on, que l'enfant naturel soit soumis à la puissance de l'auteur qui l'a reconnu, que cette reconnaissance ait été faite par le père ou la mère ou par les deux à la fois. Comme conséquence de cette puissance, le père naturel aura sur l'enfant qu'il a reconnu le droit d'éducation, qui comprend le double droit de garde et de correction. C'est là un point qui n'est discuté aujourd'hui par personne. Or, ajoute-t-on, le droit d'administration doit lui être accordé aussi bien que le droit d'éducation et pour une raison identique : car il est comme lui un attribut de la puissance paternelle.

Si on objecte que l'art. 389 est restrictif et n'accorde l'administration légale qu'au père légitime, on répondra, dans le système que nous exposons, qu'il y a bien d'autres articles dans le Code, par exemple les articles 203 et 373, qui ont été écrits pour le cas où le mariage existe et que cependant on applique sans difficulté, par voie d'analogie et d'extension, aux enfants naturels.

Comme dernier argument, le premier système fait remarquer que, aux termes de l'art. 390, la tutelle s'ouvrant seulement au décès du prémourant des père et mère, il ne peut y avoir aucune raison juridique d'ouvrir et d'organiser la tutelle tant que vivent le père et la mère naturels : il ne peut donc y avoir lieu qu'à l'administration légale.

Enfin, à un dernier point de vue, il ne faut pas oublier, dit-on, que si l'usufruit légal est un avantage pour les parents, l'administration légale, au contraire, est une charge. Or, sans qu'il soit besoin de se préoccuper de la question de savoir si ce point a été ou non réglé par la loi positive, on doit admettre que l'administration légale est un droit de la nature, et qu'il serait difficile de refuser de confier cette charge au père naturel, alors qu'on n'hésite pas à lui reconnaître l'autorité paternelle, qui implique le droit d'éducation avec toutes ses conséquences.

II°. — Ce système, il faut l'avouer, est fort séduisant : de plus, on ne peut se dissimuler qu'il invoque en sa faveur des raisons de grande force. Malgré tous les arguments sur lesquels il se base, nous ne sommes pas convaincu ; conséquemment, nous n'hésitons pas un seul instant à refuser aux père et mère naturels l'administration légale des biens de leurs enfants.

Notre première raison est un argument de texte. L'art. 389, en effet, suppose le mariage ; ses termes très-explicites ne s'appliquent évidemment qu'aux père et mère légitimes. En outre l'art. 390, prévoyant le cas où l'administration légale fera place à la tutelle, prend comme point de départ, pour fixer l'extinction de ce droit d'administration, *la dissolution du mariage.*

En présence de textes aussi positifs, il n'y a point de place pour les raisonnements et les déductions : il n'y a qu'à appliquer la loi. Ce sera donc le cas de rappeler la règle : *qui dicit de uno, de altero negat ;* et de dire que les articles 389 et 390 refusent implicitement l'administration légale aux père et mère naturels.

Non-seulement la solution que nous adoptons s'appuie sur la lettre même du Code, mais encore elle est conforme à son esprit. On ne doit pas oublier, en effet, les motifs qui ont inspiré le législateur quand il s'est agi de réglementer la matière des successions. S'il a réduit la part des enfants naturels dans les termes que nous savons, ce n'est point en se basant sur l'affection présumée du *de cujus*. Car on n'ignore point que souvent, malheureusement, la passion a pu pousser certains parents à accorder à un enfant naturel plus d'affection qu'aux enfants légitimes. Si donc le législateur a restreint les droits successifs des enfants naturels, c'est pour sauvegarder les bonnes mœurs et encourager le mariage. Pourquoi les mêmes raisons n'existeraient-elles pas ici, et en quoi la loi sur la puissance paternelle, votée presque en même temps que la loi sur les successions, se serait-elle inspirée de principes autres que ceux qui ont dicté cette dernière?

Du reste, il ne tient qu'au père naturel d'obtenir la puissance paternelle avec tous ses attributs les plus larges : qu'il légitime son enfant par le mariage, et tout sera pour le mieux ! Mais, s'il ne se marie pas, il n'aura pas l'administration légale : *l'art. 389 ne lui laisse pas le choix.*

Ne voit-on pas, d'autre part, que l'assimilation complète, telle que la voudrait le premier système, ne se comprend pas en fait? La loi pouvait-elle avoir dans le père et la mère naturels la même confiance que dans le père et la mère légitimes? Ceux-ci n'offrent-ils pas des garanties morales qui, au point de vue de la gestion des biens personnels des enfants, n'existent pas pour les premiers? Est-ce que, le

plus fréquemment, le père et la mère naturels n'habitent pas séparément ? Où donc trouvera-t-on la rivalité de zèle et de commune affection qui est le fondement du régime de l'administration légale ? Où est-elle, dans la famille naturelle, cette mère qui, selon l'esprit même de l'art. 389, si elle n'a « qu'une part restreinte dans l'exercice de l'autorité paternelle pendant le mariage, est en fait intimement associée au père dans l'exercice de cette autorité, à qui rien de ce qui concerne l'enfant n'est étranger, dont la mission est toute de surveillance et à la tendresse de laquelle la loi confie le soin de protéger les enfants contre les abus d'autorité que le père pourrait commettre ? » (1).

Si la première opinion, que nous combattons, entend assimiler, au point de vue des attributs de la puissance paternelle, les parents naturels aux parents légitimes, il faut qu'elle aille jusqu'au bout de son raisonnement et qu'elle accorde, par voie d'analogie et de conséquence forcée, aux père et mère naturels l'usufruit légal aussi bien que le droit d'administration (2). Or, cette conclusion est inadmissible et les auteurs sont unanimes à la repousser (3).

III° — Pour compléter notre discussion, il nous reste à examiner ce qui arrivera au cas où des biens personnels écherront à l'enfant pendant sa minorité.

(1) Cf. VINCENT, *De l'administration légale des biens des enfants mineurs ;* Paris, Larose et Forcel, 1882 ; p. 49.

(2) Cette conclusion extrême est admise par MM. DALLOZ, dans leur *Répertoire général, V° Puissance paternelle*, n° 196 *in fine*.

(3) Cf. AUBRY et RAU, t. VI, § 571, p. 213, et note (13) ; — DEMOLOMBE, t. VIII, p. 286, n. 381.

Il ne pourra pas être question d'administrateur même *ad hoc* ; car il ne peut y avoir d'administrateur où il n'y a pas d'administration, et nous venons de dire que celle-ci n'existe pas au profit du père naturel.

« Cependant, il est impossible que les biens possédés par l'enfant naturel restent à l'abandon et il faut, de toute nécessité, qu'ils soient gérés, soit par un administrateur, soit par un tuteur. » (1).

Donc, l'administration légale se trouvant forcément écartée, c'est le régime de la tutelle qui s'impose.

Nous trouvons la preuve de ce fait que, lorsqu'il n'y a point d'administrateur légal, l'enfant doit nécessairement se trouver en tutelle, dans la Loi du 15 pluviôse an XIII, laquelle a prévu l'hypothèse où l'enfant admis dans un hospice aurait des biens personnels. Cette loi a pris le soin d'indiquer d'avance les commissions administratives comme devant servir de conseil de tutelle et comme chargées de désigner un de leurs membres pour exercer, le cas advenant, les fonctions de tuteur de l'enfant et administrer ses biens.

Le Code n'a rien dit de la tutelle des enfants naturels dans le cas qui nous occupe. — N'y a-t-il pas songé ? Son oubli est-il volontaire ? Nous ne saurions le dire. — Quoi qu'il en soit, la question a donné lieu à des divergences, dans la Jurisprudence et dans la doctrine, quand il s'est agi de déterminer l'époque à laquelle la tutelle devait s'ouvrir et suivant quel mode elle serait déférée.

(1) Kéguelin de Rozières, *Du droit d'administration légale sous l'autorité paternelle* ; p. 205.

Le cadre de notre étude s'oppose à ce que nous puissions examiner et discuter la question, très-controversée, de savoir si la tutelle doit être ici légale, testamentaire ou dative. MM. Aubry et Rau (1) soutiennent qu'elle est légale. M. Demolombe (2), au contraire, soutient qu'elle ne peut être que dative. En ce qui nous concerne, c'est cette dernière opinion que nous adoptons, estimant que la tutelle ne peut être ici conférée que par le conseil de famille.

Quant à la date de l'ouverture de cette tutelle, la question, à notre avis, ne peut faire aucun doute : les enfants naturels, pour nous servir de l'expressions de MM. Aubry et Rau, « sont nécessairement en tutelle dès l'instant de leur naissance (3). »

En ce qui touche l'opinion dans laquelle on prétend que la tutelle s'ouvre seulement le jour où des biens personnels sont advenus à l'enfant naturel (4), elle ne peut pas être soutenue. En effet, la tutelle est une institution qui touche uniquement à la qualité et à la capacité des personnes. C'est parceque l'enfant est illégitime, c'est-à-dire parceque les auteurs qui l'ont reconnu ne sont pas unis par le mariage, qu'il se trouve nécessairement en tutelle : donc, ce n'est point parcequ'il aura acquis des biens personnels que la tutelle devra s'ouvrir, attendu qu'il est constant que ce fait est sans influence sur sa condition juridique et ne peut en rien la modifier.

Notons, avec M. Demolombe, que « le plus sou-

(1) Aubry et Rau, t. vi, p. 213, note 12, et les autorités qui s'y trouvent citées.
(2) Demolombe, t. viii, n° 385.
(3) *Sic* : Aubry et Rau, et Demolombe ; *loc. cit.*
(4) Cf. Bugeau, *Essai sur l'administration légale....*, p. 121.

vent la puissance paternelle suffit, et qu'il n'y a pas lieu d'organiser en fait la tutelle ; c'est ce qui a lieu lorsque l'enfant n'a pas de biens personnels, et qu'il n'y a rien à administrer ni aucune action à exercer en son nom. La puissance paternelle suffit alors très-complétement au seul intérêt qui soit à protéger, c'est-à-dire à la garde de la personne. Mais aussitôt que l'enfant a des biens, ou qu'il faut exercer en son nom un droit, une action quelconque, c'est le *tuteur* qui doit paraître (6) ».

Nous terminerons en ajoutant que généralement le conseil de famille nommera le père naturel, lequel se trouve indiqué d'avance pour remplir les fonctions de tuteur.

§ III. — *QUID*, EN CAS D'ABSENCE OU D'INCAPACITÉ DU PÈRE ?

En général la mère n'a pas, de son chef, et ne peut pas avoir l'administration légale. Car celle-ci est un attribut de l'autorité paternelle, et cette autorité n'appartient à la mère qu'à compter de la dissolution du mariage ; alors ce n'est plus l'administration légale, mais bien la tutelle.

I°. — Cependant une exception à ce principe se trouve formellement écrite dans l'art. 141 du Code civil, aux termes duquel, « si le père a disparu laissant des enfants mineurs issus d'un commun mariage, *la mère* en aura la surveillance, et elle *exercera tous les droits du mari*, quant à leur éducation et à *l'administration de leurs biens*. » D'où il

(1) DEMOLOMBE, t. VIII, n° 381.

résulte que la puissance paternelle n'est pas, d'après le Code civil lui-même, toujours et nécessairement attachée à la personne du mari : l'art. 389 a seulement statué *de eo quod plerumque fit.*

L'administration légale dure normalement, avons-nous dit plus haut, jusqu'à l'ouverture de la tutelle, laquelle n'a lieu, d'après l'art. 390, que du jour de la dissolution du mariage ; donc, tant que le mariage n'est pas dissous, c'est le régime de l'administration légale qui s'impose.

A. — L'absence du mari ne rompt pas le mariage. Mais si celui qui devait administrer, n'étant plus là, se trouve dans *l'impossibilité physique* d'exercer les attributs de la puissance paternelle, ses pouvoirs d'administration, au cas de *présomption d'absence,* sont délégués à la personne qui, pendant que le mari était présent, prenait en fait sa légitime part de l'autorité paternelle. Il ne pouvait guère en être autrement ; car si, comme le dit M. Demolombe, le père avait seul durant le mariage l'exercice de cette autorité, « la mère en a du moins la survivance ; par conséquent elle doit être préférée à tout autre, dès que le père ne peut plus l'exercer, pour quelque cause que ce soit. » (1).

En ce qui touche les pouvoirs de la mère ainsi substituée à son mari présumé absent, diverses théories ont été proposées.

Pour nous, nous soutenons que la délégation de pouvoirs contenue dans l'art. 141 du Code civil au profit de la mère a pour effet de transporter à celle-ci toutes les prérogatives et tous les attributs qui

(1) Demolombe, t. II, p. 430.

appartenaient au père sur les biens personnels des enfants, et cela sans augmentation de charges et sans que cette substitution puisse entraîner des conditions nouvelles.

Cette substitution, qui ressemble beaucoup quant à ses effets à la novation par changement de créancier, est donc pure et simple: d'où la conséquence que la mère aura sans aucune restriction, comme administrateur légal substitué ou délégué, tous les pouvoirs qui appartenaient à son mari. Pas plus que lui donc, elle ne sera soumise à l'hypothèque légale et elle n'aura besoin de demander ce que nous pourrions appeler l'investiture du droit d'administration. Cette investiture se produit *ipso facto*, c'est-à-dire par le seul effet de la loi, le mari étant présumé absent (1).

B. — Notre raisonnement demeurerait-il vrai, si l'absence avait été déclarée ; en d'autres termes, faut-il étendre à ce dernier cas les dispositions de l'art. 141 ?

Quelques auteurs ont prétendu que l'art. 141 devait être appliqué même après l'absence déclarée, notamment si la mère demeurée présente a opté pour la continuation de la communauté (2).

Cette solution est à bon droit repoussée par la majorité des auteurs, qui considèrent comme arbitraire l'extension à l'hypothèse qui nous occupe de l'art. 141 du Code civil. « Il est vrai qu'à la différence de l'art. 142, nous disent MM. Aubry et Rau, l'art. 141

(1) *Sic :* Demolombe, t. II, p. 440 ; — Aubry et Rau, t. I, p. 638, § 160, note 5. — *Contrà :* Proudhon, *Usufruit*, t. 1, p. 309 et 310.

(2) Duranton, t. I, p. 517 et 518 ; — Plasman, *Code et traité des absents*, t. I, p. 311.

ne contient pas d'expressions qui limitent à la période de présomption d'absence la mesure qu'il établit. Mais il suffit de lire les articles composant le chapitre IV du titre *De l'absence*, pour demeurer convaincu que le législateur n'a eu en vue dans ces articles que des mesures provisoires, dont la durée se trouve naturellement restreinte à la période de présomption d'absence. » (1). Nous ajouterons, avec les mêmes auteurs, que, « en se servant du terme *surveillance*, le législateur donne à entendre qu'il n'est ici question que d'une mesure provisoire, et les expressions de l'art. 142 *avant que l'absence du père ait été déclarée*, indiquent nettement que, dans sa pensée, cette mesure doit cesser par la déclaration d'absence. (2) »

Nous conclurons donc en disant que l'administration légale confiée par faveur à la femme par l'article 141 pendant l'absence présumée prendra fin avec la déclaration d'absence. Celle-ci équivaudra, au point de vue des intérêts de l'enfant, au cas où ce dernier se trouve privé de l'un de ses défenseurs naturels par le décès qui en est survenu. Par suite, dans notre hypothèse, il faudra organiser une tutelle provisoire, c'est-à-dire que, pour préciser davantage, le régime de l'administration légale confiée à la mère fera place au régime de la tutelle (3).

C. — Lorsque, pendant la période de présomption d'absence, la femme est chargée de l'administration provisoire des biens de ses enfants, a-telle besoin d'obtenir l'autorisation de justice

(1) Aubry et Rau, t. I, p. 639, § 160, note 8.
(2) Aubry et Rau, t. I, p. 637, § 160, note 1.
(3) *Sic* : Demolombe, t. II, n° 317 ; — Aubry et Rau, *loc. cit.*

pour les actes à faire au nom de ces derniers?

Nous répondrons en établissant une distinction. S'agit-il d'actes d'administration pure et simple, la femme n'a besoin d'aucune autorisation spéciale pour les accomplir : le mandat qui lui est confié lui donne tous pouvoirs à cet effet; du reste, exiger le contraire, ce serait entraver inutilement et pour ainsi dire paralyser sa gestion.

En ce qui concerne les actes qui dépassent les bornes de l'administration, si par exemple il s'agissait d'aliéner ou d'hypothéquer, il n'en serait plus de même. La femme devrait alors se faire autoriser par justice ; car le mandat qui lui est confié pendant la période de présomption d'absence ne saurait avoir pour effet d'augmenter sa capacité juridique et de faire disparaître, par voie de conséquence, les incapacités attachées à sa qualité de femme mariée.

C'est en nous plaçant dans ce dernier ordre d'idées que nous exigerons l'autorisation du tribunal pour le cas où la femme voudrait *ester en justice*, quand bien même il ne s'agirait que d'un différend concernant les actes de son administration (Cf. art. 223, 1536 et 1576 C. Civ.). Car, ainsi que le fait justement remarquer M. Baudry-Lacantinerie, « la loi, il est vrai, dit que la femme exerce tous les droits du mari;... mais elle ne dit pas qu'elle les exerce de la même manière que lui. » (1)

D. — Terminons cette série d'observations en faisant remarquer que si, conformément à l'article 142, la mère étant morte pendant la période de présomption d'absence, la surveillance des enfants avait été

(1) Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, édit. de 1882, t. I, p. 236.

déférée aux ascendants les plus proches ou à un tuteur provisoire, il ne pourrait plus être question, quoiqu'on en ait dit, d'administration légale. En effet, celle-ci ne pourrait jamais être qu'un attribut délégué. Mais on ne peut céder ce qu'on n'a point; or, le père s'il était présent n'aurait pas, la mère étant morte, droit à l'administration légale; il serait purement et simplement tuteur. (1)

II. — Nous venons d'examiner l'hypothèse où le père étant dans l'impossibilité physique d'exercer la puissance, la mère se trouve investie de l'administration légale. Nous avons vu en même temps qu'en principe, et sauf quelques difficultés d'application, ce cas se trouvait prévu et réglé par un texte de loi positif.

a. — Il en est autrement, lorsque le père se trouve dans l'*impossibilité morale* d'administrer le patrimoine personnel de ses enfants; lorsque, par exemple, il aura été pendant le mariage frappé d'interdiction. La loi n'a pas prévu ce cas.

On doit dire que, par analogie des dispositions des articles 141, 149 et 372 du Code civil, l'administration sera confiée à la mère, en vertu de ce principe que « la puissance paternelle appartient au père et *à la mère* et que les droits de celle-ci sont seulement suspendus par l'action effective du père ». (2)

Il n'y a pas à distinguer si l'interdiction est légale ou judiciaire et si, dans le cas d'interdiction judiciaire, la tutelle du père a été ou non confiée à la mère. Car, la gestion des biens du mari interdit ayant lieu conformément aux règles de la tutelle, il en est

(1) Rivière, *Pandectes françaises*, V° *administration légale*, n° 42.
(1) *Ibid.*, n° 55.

autrement de la gestion des biens personnels des enfants. L'*administration* du patrimoine de ces derniers appartiendra toujours et malgré tout à la mère, *en vertu du droit d'autorité paternelle* qui lui est délégué. (1)

b. — *Quid*, si le père, sans avoir été interdit, avait été placé dans un établissement d'aliénés, conformément à la Loi du 30 juin 1838?

Nous répondrons que les mesures édictées par cette loi doivent être considérées comme équivalentes à l'état d'interdiction prononcé par jugement : nous n'en voulons d'autre preuve que celle qui résulte de toutes les précautions qui ont été prises par la dite loi au sujet des personnes qu'elle concerne et à propos de leurs biens. Conséquemment, nous répéterons ici ce que nous venons de dire pour le cas d'interdiction, à savoir que la mère aura l'administration légale des biens de ses enfants mineurs, cette administration étant un des attributs de la puissance paternelle dont l'exercice, en cas d'empêchement du père, appartient de droit à la mère. Il se passe quelque chose d'analogue à ce qui a lieu en matière d'absence; on peut dire, « en quelque sorte, qu'il y a absence présumée de l'individu lui-même, jusqu'au jour où sa raison, accidentellement évanouie, viendrait à se réveiller » (2).

c. — Une dernière hypothèse peut se présenter : le père, sans avoir été enfermé, peut être aliéné.

La présomption, dans ce cas, sera en faveur du maintien de l'administration légale au profit du

(1) *Contrà* : Demolombe, t. vi, n° 450.
(2) Kéguelin de Rozières, *op. cit.*, p. 63.

mari. Mais si, en fait, comme nous le supposons, le père est incapable d'exercer cette administration, — (il s'agit, par exemple, de passer ou de renouveler un bail,) — que devra faire la femme dans cette hypothèse? — S'il n'était question que d'elle-même, la façon de procéder serait bien simple : elle sommerait son mari de l'autoriser à faire l'acte qui serait nécessaire, et, si celui-ci refusait ou gardait le silence, elle le ferait appeler devant le tribunal. Ce dernier, le mari ne comparaissant pas, accorderait à la femme l'autorisation sollicitée.

La mère pourrait-elle, s'agissant de l'intérêt de ses enfants, employer le même procédé? Nous avouons ici, en toute sincérité, tout notre embarras... Nous voudrions répondre affirmativement : quel danger, en effet, notre solution causerait-elle au mineur? L'autorisation de justice ne serait-elle pas, en même temps qu'un moyen prompt et peu coûteux, une sauvegarde suffisante pour toutes les parties intéressées ?...

Cependant nous apercevons une objection. On nous répondra qu'un tel procédé constituerait, en réalité, un moyen détourné de mettre en état d'interdiction, sans remplir les formalités exigées par la loi, un individu qui, jusqu'à preuve contraire bien et dûment rapportée, doit être réputé pleinement capable.

Dans ces conditions, le plus sûr serait assurément de faire prononcer l'interdiction, c'est-à-dire de mettre la situation juridique au même niveau que la situation de fait. Nous retomberions alors dans l'hypothèse que nous avons ci-dessus examinée.

d. — Terminons en faisant remarquer que, si le père avait été pourvu d'un conseil judiciaire, il ne

pourrait, quoique gardant l'administration légale, faire, à propos des biens de ses enfants, d'autres actes que ceux qui lui sont permis en ce qui concerne la gestion de son propre patrimoine. Pour celui-ci comme pour les biens personnels de ses enfants mineurs, il demeurerait soumis aux restrictions édictées par l'art. 513 du Code civil.

§ IV. — L'ADMINISTRATION LÉGALE PEUT-ELLE ÊTRE CONFIÉE A DES TIERS ?

Pour que cette hypothèse puisse se réaliser, il faut supposer que le père et la mère de l'enfant mineur sont l'un et l'autre dans l'impossibilité physique ou morale d'exercer la puissance paternelle. Ce cas, fort heureusement, sera très-rare ; mais il peut se présenter.

Qui donc gérera alors les biens des enfants ? — Ce ne pourra être évidemment qu'un tiers. Mais par qui sera-t-il nommé et quels seront ses pouvoirs ?

Deux opinions se sont produites.

Dans la première, qui est celle suivie par MM. Aubry et Rau, on prétend que le gérant n'a d'autres pouvoirs que ceux d'un tuteur ; mais on ajoute que la tutelle, qui ne s'est ouverte que provisoirement, « cessera dans le cas où l'administration légale pourra être reprise par la personne qui y est appelée » (1).

Nous ne pouvons admettre cette doctrine ; car, nous l'avons déjà dit et nous ne cesserons de le répéter, il ne peut y avoir place ni pour la tutelle ni

(1) Aubry et Rau, t. I, p. 366, § 87, note 4.

pour un tuteur, tant que le père et la mère sont vivants l'un et l'autre.

Nous nous rangeons en conséquence, et sans aucune réserve, au second système, lequel enseigne que c'est le tribunal qui, en cas d'impossibilité atteignant à la fois le père et la mère, a la charge de nommer l'administrateur provisoire devant, à leur défaut, gérer la fortune personnelle des enfants. (1).

§ V. — L'ADMINISTRATBUR LÉGAL PEUT-IL SE FAIRE DISPENSER OU EXCUSER ?

Il est des auteurs qui ont soutenu (2) que la section VI du chapitre II de la tutelle était applicable au père administrateur légal. Mais cette opinion ne saurait prévaloir.

En droit, les causes d'excuse et de dispense dont parlent les articles 427 et suivants du Code civil sont dites *légales*, parce qu'elles résultent d'un texte de loi, sans lequel elles ne pourraient exister. Or, en matière d'excuses légales, tout est de droit étroit : ne peuvent, d'une façon restrictive, bénéficier de ces excuses que ceux-là seuls pour lesquels elles ont été écrites.

En fait, quelles raisons d'analogie le père pourrait-il invoquer, pour se faire décharger de l'obligation d'administrer les biens de ses enfants mineurs ?..... Nous ne saurions mieux faire que de reproduire ici les motifs donnés par M. Demolombe, à l'appui de

(1) DEMOLOMBE, t. VI, n° 451 ; — LAURENT, t. IV, n° 363 *in fine*. — *Adde : C. civ.* de *Fuzier-Herman*, art. 389, n° 26.

(2) VALETTE, *sur Proudhon*, t. 2, p. 283, note A ; DE FRÉMINVILLE, *des minorités*, t. I, p. 17.

l'opinion que nous adoptons après lui. « En ce qui concerne les excuses et les causes de dispenses, le père conservant toujours les prérogatives, les avantages de la puissance paternelle, ne saurait invoquer ces causes à l'effet seulement de se soustraire aux charges corrélatives qu'elle impose. Ajoutons que ces charges sont moins gênantes et moins onéreuses que les charges de la tutelle, et que dès lors les motifs qui ont fait établir les dispenses de la tutelle, celles-là même qui semblent, à quelques égards, fondées sur l'intérêt public, n'existent pas ici, à beaucoup près, au même degré (1) ».

MM. Aubry et Rau, reproduisant la même opinion à peu près dans les mêmes termes, nous disent de leur côté : « L'administration légale n'entraînant pas avec elle tous les devoirs rigoureux, toutes les charges onéreuses que la tutelle impose, on ne saurait invoquer la raison d'analogie, pour étendre à cette administration les excuses admises en matière de tutelle. D'ailleurs l'administration légale est une conséquence de la puissance paternelle et des avantages qu'elle confère. Or, *Ubi emolumentum, ibi et onus esse debet* » (2).

Donc, nous maintenons que les art. 427 et suivants du Code civil ne s'appliquent pas au père administrateur légal.

Toutefois, nous ne voudrions pas que la solution que nous adoptons pût aboutir à une iniquité. C'est pourquoi nous nous empressons de dire que, si le père était atteint d'infirmités tellement graves que toute administration lui fût rendue impossible, il est

(1) Demolombe, *op. cit.*, t. VI, p. 338, n° 430.
(2) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 503, § 123, note 16.

bien clair qu'il y aurait là une cause de dispense ou d'excuse dont l'appréciation appartiendrait aux tribunaux. Mais nous rentrerions alors, à proprement parler, dans une hypothèse d'*impossibilité* fondée sur un cas de *force majeure*; d'où la conclusion que la circonstance exceptionnelle que nous mentionnons ici laisse intact le principe par nous posé.

§ VI. — *QUID*, EN CAS DE DÉSAVEU ?

Nous savons que si, pendant le mariage, le père veut désavouer un enfant, il doit, conformément à l'art. 318 du Code civil, former une action en justice contre un tuteur *ad hoc* donné au dit enfant, en présence de sa mère. Celle-ci est appelée parceque son honneur est jeu ; quant au tuteur, il a pour mission de lutter dans le but de conserver à l'enfant la qualité d'enfant légitime qui lui est déniée.

Si le père succombe dans son action, il n'y aura aucun changement au point de vue de l'administration légale : elle continuera de lui appartenir, puisqu'il sera réputé légalement être le véritable père, c'est-à-dire celui-là seul qui est investi des attributs de la puissance paternelle.

Si, au contraire, le père triomphe dans l'action en désaveu par lui intentée, le mineur perdra par ce fait sa qualité d'enfant légitime; en conséquence ses biens, s'il en possède, seront administrés conformément aux règles admises pour la gestion des enfants illégitimes, auxquels il sera assimilé.

Il est bien entendu, au surplus, que pendant l'instance en désaveu le père conserve la puissance paternelle et, par suite, l'administration légale ; c'est l'application pure et simple de la maxime : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant.* La présomption exprimée dans cette maxime ne peut être détruite que par le jugement même qui statue sur la question de désaveu.

CHAPITRE III

RÈGLES ET CONDITIONS D'EXERCICE DE L'ADMINISTRATION LÉGALE.

Nous verrons, dans ce troisième chapitre, quels sont les pouvoirs de l'administrateur légal et nous nous demanderons s'ils ont ou non des limites. Puis, nous examinerons quelles obligations sont imposées au père administrateur. Enfin, nous réservons une place spéciale à l'étude du cas dans lequel le père et l'enfant se trouvent en contradiction d'intérêts.

SECTION Ire. — DES POUVOIRS DU PÈRE ADMINISTRATEUR

C'est surtout sur ce point que le besoin d'une réglementation à l'aide d'un texte positif se fait sentir, puisque l'art. 389 est absolument muet.

Où donc puisera-t-on les règles à appliquer ? Empruntera-t-on celles de la tutelle ? Si oui, dans quelles limites se fera cet emprunt ?... — Autant de questions très-discutées et vivement controversées.

A. — Avant d'entrer dans la discussion des divers systèmes qui ont été proposés, il n'est pas inutile, croyons-nous, de rappeler ici l'économie des dispo-

sitions du Code civil relativement aux pouvoirs du tuteur.

1° Nous ne parlerons pas des actes qu'il peut faire seul, ceux-ci ne comportant, pour ainsi dire, d'autres attributions que celles d'un administrateur.

2° Il est des actes pour lesquels l'autorisation du conseil de famille est exigée, mais où elle est en même temps considérée comme suffisante. Ce sont : l'acceptation ou la répudiation d'une succession ; l'acceptation d'une donation ; l'exercice d'une action immobilière, comme aussi l'acquiescement à une semblable action ; enfin, la demande en partage de biens indivis entre le mineur et des tiers (1).

3° D'autres actes, beaucoup plus graves, ne peuvent être accomplis que si le tuteur obtient à la fois l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal. Ce sont (art. 457 C. Civ.) : l'emprunt, l'hypothèque et l'aliénation des immeubles.

4° Enfin, un surcroît de garanties est donné au mineur, lorsqu'il s'agit d'une transaction touchant ses intérêts : en dehors de l'autorisation du conseil de famille et de l'homologation du tribunal, on exige ici (art. 467) l'avis de trois jurisconsultes.

— Ces règles, écrites pour le tuteur, devront-elles s'appliquer, pour le tout ou pour partie, au père administrateur ? Devra-t-on, en d'autres termes, procéder par voie d'analogie ? Ou bien, au contraire, faudra-t-il faire, en matière d'administration légale, une abstraction totale des règles qui viennent d'être rappelées et conserver à la dite administration son caractère propre et sa physionomie, en règlementant

(1) (*Adde*) : Aliénation des meubles incorporels dont la valeur ne dépasse pas quinze cents francs. (*L. 27 février 1880*).

ses conditions d'exercice suivant les principes du droit commun ?

B. — La controverse qui s'est élevée sur ces différents points et qui dure encore a donné lieu à un certain nombre de systèmes que nous allons successivement passer en revue et apprécier.

I° — Dans un premier système, la tutelle et l'administration légale sont deux choses différentes. Le législateur, qui a organisé les deux, a limitéles pouvoirs du tuteur ; il n'a rien dit, au contraire, en ce qui concerne le père administrateur. En conséquence, il n'y a point lieu d'indiquer des limites où le législateur n'en a pas tracé. L'administration légale n'aura donc point de bornes, et le père aura tous les pouvoirs, même celui d'aliéner.

Cette première opinion doit être rejetée, attendu que la loi ne confère au père que le titre d'administrateur. Or, en principe, celui qui administre n'a que des pouvoirs restreints, et ce serait commettre une véritable hérésie juridique que de lui attribuer le droit de faire des actes de disposition et d'aliénation.

Enfin il ne faut pas oublier que, si l'administration légale constitue un régime fondé sur la confiance et l'affection, l'art. 389 impose cependant au père l'obligation de rendre compte : c'est la meilleure preuve que ses pouvoirs ne sont pas illimités (1).

II° — Un deuxième système, diamétralement contraire au premier, enseigne que les pouvoirs du père administrateur sont aussi restreints que ceux d'un tuteur ordinaire et qu'on doit lui appliquer par analogie les règles de la tutelle.

(1) Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 406, § 207, texte et note 12. Cf. Fuzier-Herman, *Rép. génér. alph. de Droit français*, V° *Administration légale*, n°s 91 et suiv.

Cette opinion, — bien qu'elle ait été soutenue par des auteurs aussi éminents que le sont MM. Aubry et Rau et M. Demolombe et bien qu'elle puisse s'étayer de quelques décisions de la jurisprudence, — nous paraît absolument inadmissible.

En effet, son premier et très-grave tort consiste à faire intervenir le conseil de famille dans une hypothèse où cette juridiction toute d'exception ne saurait trouver place. La tutelle et l'administration légale sont deux choses inconciliables, et la seconde ne peut naître que lorsque la première aura cessé. Or, l'existence d'un conseil de famille ne peut se concevoir sans la tutelle ; et, comme la tutelle ne peut pas s'ouvrir pendant que dure l'administration légale, la conséquence est que le père administrateur ne pourra jamais être soumis au contrôle d'un conseil de famille, par la seule raison que celui-ci n'existera pas.

En fait, comment les partisans de ce système composeront-ils ce conseil et à qui remettront-ils le soin de le convoquer ?.... Ils ne peuvent, pour les besoins de la circonstance, composer un conseil de famille *sui generis;* c'est-à-dire qu'ils doivent le former avec les éléments ordinaires. Or, la première personne qui, dans notre hypothèse, devrait faire partie de ce conseil, c'est la mère. Mais quel rôle y jouera-t-elle ? Et ne devrait-on point plutôt lui réserver une autre situation, qui serait en réalité celle de subrogé-tuteur ?... La difficulté qui existe pour résoudre ces questions démontre surabondamment que le système que nous combattons pèche par son point de départ même.

Les partisans de ce système ont bien tenté d'appor-

ter un correctif à leur opinion. « Il n'existe aucune contradiction, disent MM. Aubry et Rau, à soumettre le père, tout en affranchissant son administration du contrôle du conseil de famille, à la nécessité d'obtenir l'autorisation de ce conseil pour la passation des actes que sa qualité d'administrateur ne lui donnerait pas le droit de faire seul. » (1) Ce qui revient à dire que le père administrateur, au lieu d'être comme le tuteur soumis à une surveillance pérpétuelle du conseil de famille, n'aurait besoin de recourir à l'autorisation de ce dernier que dans certaines circonstances déterminées.

Nous ne voyons pas bien, pour notre compte, comment on pourrait justifier la distinction que l'on prétendrait établir entre le rôle du conseil de famille en cas d'administration légale et ses attributs en cas de tutelle. Nous nous demandons, en d'autres termes, d'après quelles données on procède pour tracer la ligne de démarcation arbitraire que l'on propose. — Quoiqu'on puisse répondre, cela n'enlèvera pas au système que nous combattons son défaut dominant, lequel consiste à faire intervenir le conseil de famille, qui est un instrument de la tutelle, dans une hypothèse où l'existence de ce conseil ne saurait se concevoir.

III° — Un troisième système soutient que le père administrateur peut faire seul les actes que le tuteur lui-même peut faire soit seul, soit avec l'autorisation du conseil de famille. Quant aux actes pour lesquels le tuteur aurait besoin à la fois de l'autorisation du conseil de famille et de l'homologation du tribunal,

(1) Aubry et Rau, t. I, p. 501, § 123, note 8 *in fine*.

le père administrateur ne peut les faire qu'avec l'autorisation de la justice (1).

Cette opinion, qui est celle de MM. Marcadé et de Fréminville, a été enseignée à son cours par M. Bufnoir, le savant professeur de la Faculté de Paris. D'autre part, elle a été consacrée par un certain nombre de décisions judiciaires, dont la grande autorité ne saurait être méconnue (2). Ainsi, telle est la jurisprudence du tribunal de la Seine (3) ; telle paraît être aussi la jurisprudence de la Cour de cassation (5).

Ce système se rapproche beaucoup de l'opinion que nous allons formuler dans quelques instants. Il proclame, en effet, très-catégoriquement le principe qui sera notre guide d'un bout à l'autre de l'étude que nous avons entreprise, à savoir que l'administration légale échappe aux règles de la tutelle et qu'elle ne saurait être assujettie ni à la surveillance, ni à l'autorisation du conseil de famille. Jusque-là, tout est parfait dans cette opinion.

Tout est bien encore, lorsqu'on décide que les pouvoirs du père sur les biens confiés à son administration ne sont pas illimités et que, pour faire certains actes, l'autorisation de justice lui sera nécessaire.

Mais nous nous arrêtons là, et nous refusons de suivre plus loin le tribunal de la Seine dans le système qu'il a adopté. Nous allons essayer de justifier nos critiques.

(1) Cf. Fuzier-Herman, *C. civ.*, art. 389, nos 53 et suiv.
(2) *C. Bourges*, 11 février 1863 : — Dalloz P., 1864. 5. 305 ; Sirey, 1863. 2. 121.
(3) Bertin, *Chambre du Conseil*, t. I, no 613.
(4) *Cassat.*, 3 juin 1867 : Dalloz P., 1868. 1. 27 ; — Sirez, 1867, 1, 273.

Pour fixer la ligne de démarcation entre les actes que le père administrateur peut faire seul et ceux pour lesquels l'autorisation du tribunal est nécessaire, on va emprunter le *critérium* aux règles de la tutelle. Pourquoi ?... Cela ne se comprend pas.

Cette opinion ne pourrait se soutenir, que si l'*assimilation* était possible entre la tutelle et l'administration légale : ce qui n'est pas. Nous admettons bien qu'il existe une analogie entre la situation du père administrateur et celle du tuteur, mais en ce sens seulement que le but et le vœu de la loi ont été, pour l'un comme pour l'autre, non point qu'ils pussent faire leur affaire personnelle en gérant le patrimoine de leur enfant mineur, mais qu'ils veillassent avec soin aux intérêts de celui-ci. Les pouvoirs donnés au père administrateur par l'article 389 et ceux qui lui sont conférés lorsque, après la dissolution du mariage, il devient tuteur, ont bien été, nous le reconnaissons, dictés par la même raison déterminante : protection des intérêts de l'enfant, gestion et direction des affaires que sa faiblesse et son inexpérience ne lui permettent point de prendre en mains. Mais, pour nous, le rapprochement doit se borner là ; et malgré l'analogie dont nous venons de parler, il est bien certain que tutelle et administration légale ne seront jamais synonymes. Nous avons déjà montré plus haut comment, tant par leur origine que par leur nature, elles se distinguent l'une de l'autre. C'est ici le cas de rappeler la différence que nous avons signalée, et de dire que celle-ci doit être notée principalement en ce qui concerne les conditions d'exercice des deux institutions.

Enfin et surtout, il est une conséquence très-grave

qui résulte de l'adoption de cette troisième opinion : cette conséquence suffirait à elle seule pour nous faire reculer.

Hé ! quoi ? lorsque les biens donnés à l'enfant personnellement comprennent des valeurs mobilières, le père administrateur légal aura le droit de *les aliéner sans autorisation ni contrôle, c'est-à-dire d'en disposer à son gré, et alors même que ces actions ou obligations seraient inscrites au nom du mineur ?*..... Jamais nous n'admettrons cette théorie.

Nous savons bien que l'opinion contraire se prévaudra d'une circulaire du Ministre des Finances en date du 10 mars 1880 et d'une autre circulaire du Ministre de la Justice du 20 mai suivant (1), aux termes desquelles le père administrateur légal peut aliéner les valeurs mobilières appartenant à ses enfants mineurs sans observer les formalités prescrites par la loi du 27 février 1880. — Mais qu'est-ce que cela prouve ?..... La loi du 27 février 1880 ayant abrogé celle du 24 mars 1806 et le décret du 25 septembre 1813, le droit d'aliénation sans contrôle est, par suite de cette abrogation, devenu la règle pour le père. Toutefois la même loi du 27 février 1880 a apporté une restriction à cette règle en ce qui concerne le tuteur ; mais, comme il n'y avait pas d'assimilation possible entre la situation du tuteur et celle de l'administrateur légal, on ne pouvait régulièrement appliquer à ce dernier les dispositions restrictives écrites dans la loi pour le premier seulement. Conséquemment, en vertu de ce principe qu'au point de vue législatif « ce qui n'est pas défendu est permis », les circulaires ministérielles ont autorisé le père administrateur à

(1) Cf. Dalloz P., 1881. 3. 70.

faire ce qui ne lui était pas formellement interdit par un texte de loi positif. En d'autres termes, les circulaires se sont placées purement et simplement sur le terrain d'application de la loi, telle qu'elle avait été votée par les Chambres, en attendant qu'une seconde disposition législative, (la loi promise par M. Cazot), eût réglementé spécialement la question relativement au père administrateur.

Il ne faut pas attacher aux circulaires ministérielles d'autre portée que celle que nous signalons.

Au surplus, si l'on veut connaître la pensée du gouvernement sur la question qui nous occupe, il faut la chercher ailleurs. Nous la trouvons, indiquée d'une façon nette et précise, dans le projet de loi du 25 novembre 1881, dû à l'initiative de M. Cazot, *c'est-à-dire du même ministre de la Justice qui avait été l'auteur de la circulaire du 20 mai 1880.* Il est dit dans ce projet que « sont considérés comme excédant l'administration et soumis par suite à l'autorisation de justice, tous les actes d'aliénation, de conversion et d'emploi de valeurs mobilières, prévus par les articles 1, 3, 4, 5, 6 et 10 de la loi du 27 février 1880. »

On remarquera que ce projet de loi est postérieur aux circulaires ministérielles et qu'il est l'œuvre du même gouvernement ; d'où la conséquence que, si celles-ci se sont expliquées à propos d'une loi qui ne s'appliquait pas et ne pouvait s'appliquer au père administrateur, cela n'empêche pas que l'expression exacte du sentiment du gouvernement sur les pouvoirs du dit administrateur, tels qu'ils devront être compris dans l'avenir, est parfaitement traduite dans le projet de loi du 26 novembre 1881, et cela

dans des termes qui condamnent l'opinion que nous combattons en ce moment.

IV°. — Enfin ce n'est pas tout de détruire, dit le proverbe, il faut reconstruire. Arrivons donc au système que nous proposons et tâchons de démontrer qu'en droit il est bien fondé.

Notre opinion, qui est celle enseignée par M. Laurent et qui a été adoptée par M. Baudry-Lacantinerie, consiste à dire qu'il faut, dans la question qui nous occupe, faire *totalement abstraction* des articles du Code concernant la tutelle. Le père pourra faire tous les actes d'administration ; mais jamais il n'aura le droit de faire, (seul du moins,) les actes de disposition.

L'argumentation par analogie, au point de vue des actes qui sont permis ou non, n'est pas possible, par cette sérieuse et unique raison que, la situation juridique du père administrateur et celle du tuteur étant deux choses essentiellement différentes, il est impossible qu'elles soient gouvernées par les mêmes principes.

Le rapprochement que, dans le système précédent, on est obligé de faire entre la tutelle et l'administration légale constitue, quelque éloigné qu'il puisse être, une concession qui n'est point permise. Si ce premier pas pouvait être autorisé, ce serait l'anéantissement *dans sa base même* du principe qui est ici notre première et notre seule loi ; donc, si nous ne voulons pas nous égarer, nous devons maintenir intact ce principe, qui est, du reste, admis par les partisans du troisième système comme étant le point de départ et le fondement de leur théorie.

Ceux qui font une première concession dans cette

voie n'auront aucune bonne raison de reprocher à d'autres des concessions plus grandes. Le premier pas constitue à lui seul, nous le répétons, la négation même du principe suivant lequel aucune *assimilation* ne doit être faite entre l'administration légale et la tutelle. Un rapprochement n'est possible que lorsque les situations se ressemblent ; or, la différence qui existe, au contraire, entre celles-ci nous a été suffisamment indiquée par les rédacteurs du Code dans les travaux préparatoires, pour que nous n'ayons pas à insister davantage sur ce point.

Qu'on ne vienne pas exciper de la place qu'occupe dans le Code l'art. 389 : on sait bien que c'est par erreur que cet article a été inséré en tête du chapitre de la tutelle et que la place qu'il occupe n'est pas, de l'avis de tous, celle qu'il devait avoir.

Enfin on a dit, contre le système que nous proposons, qu'il aurait pour effet « d'aboutir à cette conséquence singulière que l'administrateur légal, investi par la loi d'une mission de confiance, aurait sur plusieurs points des pouvoirs moins étendus que le tuteur. »

Nous répondons que la chose est possible, mais qu'elle ne prouve rien. Si le tuteur peut, avec ou sans conditions, faire certains actes en vertu d'un texte positif qui l'y autorise, en quoi cela peut-il influer sur les pouvoirs du père qui a l'administration légale ? — Est-ce que le mineur n'aura pas une hypothèque légale qui grèvera, de droit, tous les biens de son tuteur et qui le garantira contre les abus de celui-ci ?... Pareille garantie existerait-elle, même dans l'hypothèse où on autoriserait le père administrateur à faire tous les actes permis au

tuteur ?... Il nous semble que cette considération a bien sa valeur.

Si les pouvoirs du tuteur et ceux du père administrateur sont parallèles, cela veut-il dire qu'ils doivent ou puissen têtre assimilés l'un à l'autre ?.... Le tuteur tient ses pouvoirs de la loi, l'administrateur les puise dans son droit d'autorité paternelle. La qualité juridique de ce dernier est celle d'administrateur : c'est une qualité essentielle dont il ne peut se dépouiller.

En conséquence, et ce sera notre dernier mot, le père administrateur légal administrera, mais il n'aliénera point.

Veut-on savoir où l'on aboutit, quand on sacrifie le principe que nous défendons si énergiquement ?.... Qu'on lise plutôt : « Quoique l'administration légale *ne soit pas une tutelle proprement dite,* il est clair pourtant que c'est une ADMINISTRATION *du même genre.* Et comme la loi n'a pas ici tracé de règles spéciales pour cette administration, *force est bien de recourir par analogie à celles de la tutelle.* Ainsi, sauf les différences ci-dessus marquées, J'ASSIMILERAIS, EN GÉNÉRAL, LE TUTEUR AU PÈRE ADMINISTRATEUR, QUANT A SES POUVOIRS, SES OBLIGATIONS ET AUSSI QUANT AUX CAUSES D'EXCUSE, exclusion ou destitution. *Toutefois, comme l'application des règles de la tutelle à l'administration légale du père n'est pas directe,* LES TRIBUNAUX DOIVENT NÉCESSAIREMENT, dans cette application, JOUIR D'UNE CERTAINE LATITUDE..... »

Voilà ce que nous lisons à la page 171e du cours analytique du Code civil de MM. Demante et Colmet de Santerre, (tome IIe, 2e édition). Ou nous avons le regret de n'avoir pas compris, ou nous sommes autorisé à

nous demander sous quelle formule on pourrait bien condenser la théorie que nous venons de reproduire et qui est due aux deux savants auteurs dont nous venons de citer les noms et dont la valeur scientifique s'est depuis longtemps imposée à notre estime.

On pose comme prémisses que « l'administration légale *est une administration* DU MÊME GENRE QUE LA TUTELLE. » Qu'entend-on par là?... On oublie, à notre avis, qu'ici le mot « *administration légale* » a un sens propre; qu'il ne signifiera jamais, au point de vue juridique, quelque chose qui puisse être assimilé à la tutelle. Ce qui est administration n'est pas et ne peut pas être tutelle, et réciproquement. Que le *genre* soit le même ou qu'il soit différent, cela ne nous touche pas. Il nous suffit de retenir que *l'essence* est différente : *c'est là surtout ce qu'il ne faut pas oublier.*

Et c'est parce que l'administration légale et la tutelle seraient *deux* ADMINISTRATIONS *du même genre*, et parce que, par suite, on donne à tort, et dans un sens qu'elle ne comporte pas, à la tutelle la qualification d'administration, qu'*on appliquerait à la vraie administration légale les règles de la tutelle?...* Aperçoit-on la portée du raisonnement?... En quoi répugnerait-il au sens juridique d'appliquer à l'administration légale les règles générales sur l'administration, c'est-à-dire les règles du droit commun, plutôt que de recourir, sous prétexte qu'il n'y a pas de textes spéciaux régissant la matière, à des règles qui, celles-là, sont trop spéciales pour être subies par celui qui n'est en réalité qu'un administrateur et rien de plus?...

Une fois qu'on a posé de telles prémisses, on va jusqu'au bout dans les conclusions ; et « on assimile en général le tuteur au père administrateur, quant à ses pouvoirs, ses obligations et ses causes d'excuse. » Voilà où on aboutit, quand on s'écarte, au départ, du principe qui est ici primordial ! Cependant on ajoute, sous forme de réticence (pourquoi ?....), que, *l'application des règles de la tutelle n'étant pas directe, les tribunaux jouiront nécessairement d'une certaine latitude.*

En quoi consiste cette latitude ? C'est ce que nous voudrions bien savoir. Où commencera le pouvoir des tribunaux et où s'arrêtera-t-il ? Comment distinguer ce qui sera le droit d'avec ce qui sera l'arbitraire ? Avec une pareille règle en mains, quel est donc le tribunal qui, de la meilleure foi du monde, n'ira pas au-delà des limites de l'appréciation permise ?...

Et puis enfin, que l'application soit directe ou non, qu'est-ce que cela peut bien faire ? — La vérité, *c'est que l'on fait*, en général, *une assimilation quant aux pouvoirs et aux obligations.* Ce qui est exact, c'est que ces règles de la tutelle, *si on les applique indirectement,* ON LES APPLIQUE EFFECTIVEMENT : toute l'erreur est là.

Que l'on nous pardonne de tant insister sur ce point. Mais nous tenons à démontrer, par tous les moyens, à quelles solutions opposées et à quelles conséquences inadmissibles on se heurte quand on s'écarte du principe qui est tout notre système.

C. — Nous devons ici ouvrir une parenthèse et nous poser une question, qui aurait peut-être dû trouver sa place sous le paragraphe précédent (III),

mais que nous avons réservée pour la traiter d'une façon plus complète en la rattachant au système que nous venons d'adopter.

Etant admis que la Loi du 27 février 1880 ne s'applique qu'au tuteur et que, par conséquent, elle n'a apporté aucune modification à l'état de choses ancien relativement au droit, pour le père administrateur, d'aliéner les valeurs mobilières appartenant à son enfant mineur, — nous avons à nous demander si, avant 1880, la Loi du 24 mars 1806 sur la vente des rentes sur l'Etat appartenant aux mineurs, et le décret du 25 septembre 1813 sur la vente des actions de la Banque de France appartenant aux mêmes, étaient applicables au père administrateur.

On peut dire d'une façon générale que nos législateurs, avant 1806, n'avaient établi aucune différence entre les meubles incorporels et les meubles corporels.

1° — Partant de ce dernier principe, MM. Aubry et Rau enseignent (1), (et cela avant l'année 1880), que « le père administrateur est autorisé à vendre de gré à gré, sans observation des formalités prescrites par l'art. 452, les meubles corporels de ses enfants », et qu' « il peut également, sans autorisation du conseil de famille, transférer leurs rentes sur l'Etat et leurs actions de la Banque de France, quel qu'en soit le montant ».

Cette théorie est également enseignée par M. Demolombe, non point, dit-il, « parce que la vente des meubles corporels ou même incorporels ne serait, en principe, considérée que comme un acte d'admi-

(1) Aubry et Rau, t. 1, p. 507.

nistration », mais bien plutôt parce que, dans l'hypothèse qui nous occupe, « la loi paraît s'en remettre à la sagesse et à l'affection du père, du soin de faire la vente, selon ce qu'il croira le mieux, et, par conséquent, d'éviter les frais de justice, s'il le croit utile pour ses enfants » (1).

M. Buchère (2), dans son traité théorique et pratique des opérations de la Bourse, se range à l'opinion adoptée par MM. Aubry et Rau et par M. Demolombe. « Dans la pratique, nous dit-il, l'autorisation du conseil de famille est également exigée, pour la vente des inscriptions immatriculées au nom du mineur ayant encore ses père et mère. Le père, qui a l'administration des biens de son enfant mineur, ne peut transférer une rente supérieure à 50 francs appartenant à ce dernier, sans obtenir cette autorisation. Cette exigence, qui n'est fondée sur aucune disposition légale, nous paraît très-contestable. La loi de 1806 ne parle que des tuteurs, des mineurs ou des interdits, et des curateurs du mineur émancipé ; lorsque les enfants ne sont pas orphelins, le père ne peut être considéré comme un tuteur ordinaire, et moins encore assimilé à un curateur. L'administration des biens propres à ses enfants lui est confiée d'une manière absolue, et il peut en disposer sans aucune autorisation. Il n'existe aucun motif de décider autrement, lorsqu'il s'agit de rentes sur l'Etat. Nous ne connaissons aucune solution judiciaire sur cette question, et il n'en doit pas exister (3), les par-

(1) Demolombe, t. vi, p. 362.

(2) Buchère, *Traité théorique et pratique des opérations de la Bourse*, édit. de 1877, p. 115, n° 154.

(3) Un jugement a été rendu *en ce sens* par le *Tribunal de la Seine, le 17 décembre 1876*, (aff. des mineurs Faure). — *Contrà* : *Trib. Lyon, 28 février 1862.*

ties préférant se soumettre aux formalités exigées par le Trésor dans le but de couvrir sa responsabilité, plutôt que de s'adresser aux tribunaux, pour faire statuer sur un point de droit sans importance réelle. »

2° — La théorie que nous venons d'exposer n'avait pas été, sous l'empire de la Loi de 1806, adoptée par le Trésor, lequel, au contraire, « avait fait une assimilation complète (1) entre la situation du tuteur et celle du père, administrateur légal des biens de ses enfants mineurs ; il se fondait sur le principe de droit qu'un administrateur ne pouvait puiser dans sa seule qualité le pouvoir de consentir une aliénation. Le transfert d'une rente au-dessus de 50 francs, possédée par un mineur placé sous l'administration légale de son père, n'était donc admis par le Trésor que s'il était justifié d'une autorisation du conseil de famille, ou, à défaut de cette autorisation, d'un jugement de la Chambre du Conseil..... » Cette manière de voir avait été confirmée par des décisions de la jurisprudence. Toutefois un jugement du tribunal de la Seine du 17 décembre 1876 avait adopté la solution contraire.

3°. — Une circulaire du syndicat des agents de change de Paris, en date du 15 mars 1880 (2), pose en principe que, « à défaut de législation spéciale sur la matière, la ligne de conduite à suivre ne peut dériver que du droit commun. Or, ajoute-t-on, l'administrateur légal, comme d'ailleurs l'indique le mot, n'a que le droit d'administrer, et nullement celui d'aliéner. Conséquemment, en principe, l'administrateur légal

(1) Cf. Dalloz P., 1881. 3. 71.
(2) Cf. Coulet, *Commentaire de la Loi de 1880.*

n'a pas le droit d'aliéner une rente sur l'Etat, quel qu'en soit le chiffre. »

4° En ce qui nous concerne, nous estimons que le seul principe qui puisse être admis ici, et le seul qui soit absolument juridique, consiste en ce que l'administrateur légal ne peut, en cette qualité, aliéner sans autorisation judiciaire (1) aucune valeur mobilière appartenant à son enfant mineur. Nous maintenons ce principe d'une façon rigoureuse et absolue depuis la loi du 27 février 1880.

Mais nous sommes d'avis que, avant cette dernière loi, l'administrateur légal pouvait sans aucune autorisation faire vendre toute rente inférieure ou égale au chiffre de 50 francs ; par ce motif que la loi de 1806 assimilait l'aliénation de ces sortes de rentes à un acte de pure administration, à cause du peu de valeur des intérêts en jeu. S'agissait-il, au contraire, d'une rente supérieure à 50 francs, la présomption créée par la loi de 1806, c'est-à-dire l'assimilation de la vente à un acte d'administration, n'existant plus, le droit commun reprenait son empire ; par suite, l'administrateur légal, pas plus que le tuteur, n'avait le droit de procéder à une vente qui, vu la valeur du titre de rente, était légalement considérée comme un acte d'aliénation.

C'est en nous basant sur ces considérations, qui sont à notre avis les seules vraies, que nous refusons aujourd'hui à l'administrateur légal le droit d'aliéner, quelque minimes qu'elles soient, les valeurs mobilières appartenant à son enfant mineur.

(1) Nous ne parlons pas de l'autorisation du conseil de famille, l'existence de celui-ci étant incompatible avec le fonctionnement de l'administration légale.

En effet, avant 1880, la vente des valeurs inférieures à 50 francs était réputée un simple acte d'administration, ou, si l'on veut, y était assimilée. Un texte de loi positif ayant, bien qu'à tort, fait cette assimilation, on ne pouvait que se soumettre à la dite loi et il eût été impossible d'exiger ce qu'elle considérait comme superflu.

Aujourd'hui la présomption n'est plus vraie, parce que la loi qui l'avait créée a été abrogée par celle du 27 février 1880, qui, (trop tard, hélas ! pour bien des mineurs dont le patrimoine s'est trouvé englouti par les spéculations que pouvait faire le tuteur abrité par la loi de 1806,) a reconnu les dangers qu'avait engendrés la législation antérieure, laquelle était née à l'époque où la fortune mobilière était très-peu importante et alors que l'état économique ne ressemblait en rien à celui d'aujourd'hui.

Si donc la loi du 27 février 1880 a apporté la réforme que l'on sait, sur le point qui nous occupe, les motifs qui l'ont inspirée devront être les mêmes quand il s'agira du père administrateur légal. Nous n'ignorons pas, en effet, que des dangers sont possibles et que, si la tendresse et l'affection du père doivent être la plupart du temps considérées comme une très-sérieuse garantie, de déplorables exceptions ont été trop souvent constatées.

Voilà pourquoi nous refusons de nous écarter du principe juridique, tel que nous l'avons posé. On trouve ce principe trop absolu ; c'est pourquoi on a dit que, pour « répondre aux besoins de la pratique courante, il y aurait lieu de s'en tenir purement et simplement aux errements du passé et à la tradition qu'ils ont créée, à savoir que, pour toute rente de

50 francs ou inférieure à ce chiffre, on ne demanderait aucune formalité, et que, pour toute rente supérieure, on exigerait un jugement de la chambre du conseil. En effet, ajoute-t-on, on peut continuer d'assimiler, en raison du peu d'importance des intérêts en jeu, à un simple acte d'administration la vente d'une rente inférieure à 50 francs » (1). — Ce serait là un *modus vivendi* que l'on adopterait pour les besoins de la pratique journalière, en attendant la loi qui a été promise.

Nous regrettons de ne pouvoir faire une seule concession, pas même celle-là..... En effet, l'assimilation dont on parle n'était point possible en droit pur; attendu que le mot *aliénation*, à quelque minime valeur qu'il s'applique, ne signifiera jamais *administration*.

D'autre part et en fait, cette assimilation était en quelque sorte fictive : elle n'existait que parce qu'un texte de loi lui donnait l'être. Or, on a reconnu qu'on avait eu tort de la créer, parcequ'on a vu les abus auxquels elle avait donné lieu; — c'est pourquoi on a abrogé la loi. Par suite, celle-ci ayant vécu, l'assimilation qu'elle avait faite, et qui ne pouvait exister qu'avec elle et par elle, n'a pu lui survivre.

Voilà pourquoi nous persistons, malgré toutes les raisons contraires qui ont été données, à refuser purement et simplement au père administrateur le pouvoir d'aliéner (2).

D. — Avant d'en finir avec la question qui nous occupe, reconnaissons cependant qu'il pourra se pré-

(1) Cf. Coulet, *op. cit.*

(2) Cf., sur ce point spécial, Rivière, *Pandectes françaises*, *V° Administration légale*, n°s 157 et suiv.

senter des circonstances dans lesquelles des actes de disposition seront nécessaires dans l'intérêt du mineur et commandés par la prudence ou la sagesse. Bien qu'en droit strict l'aliénation ne soit, en pareil cas, permise qu'en vertu d'un texte de loi, nous sommes d'avis qu'ici, pour les valeurs mobilières du moins, elle pourra être autorisée par les tribunaux, qui auront à cet effet plein pouvoir d'appréciation.

De même, les tribunaux seront chargés de trancher le différend, s'il en surgit un à propos du caractère même des actes qu'il s'agira d'accomplir, — et cela, en attendant qu'on nous ait donné la loi que nous réclamons pour mettre fin à une controverse qui, étant aussi accentuée dans une question où il s'agit d'intérêts aussi graves, aurait dû cesser d'exister depuis longtemps.

E. — La loi n'ayant dit nulle part, d'une façon précise, en quoi consiste en général un acte d'administration, il serait assez difficile de donner d'avance l'énumération complète des actes permis à l'administrateur légal.

L'administration est soumise aux règles les plus diverses, suivant qu'elle s'applique à l'envoyé en possession provisoire (art. 125), au mineur émancipé (art. 481), au tuteur (art. 450), à l'héritier bénéficiaire (art. 803), au curateur à une succession vacante (art. 813), à la femme séparée de biens (art. 1449), ou au mari relativement aux biens personnels de sa femme (art. 1428 et 1531).

Dans quelle mesure empruntera-t-on aux divers articles du Code qui viennent d'être cités les règles applicables au père administrateur ?.....

« Ce qui est certain, c'est que le père administrateur légal a le droit de faire tous les actes qui rentrent dans la notion de l'administration entendue au sens le plus large du mot (1) ». Partant de ce dernier principe, il nous est facile d'indiquer un certain nombre d'actes qui sont permis au père administrateur.

1° Le père pourra, en tant qu'administrateur, *accepter une succession.* En général celle-ci ne comprendra que des legs : car, le mineur ayant son père et sa mère, on ne voit pas trop comment il lui adviendrait une succession *ab intestat*, si ce n'est dans l'hypothèse, (qui sera en fait très-rare), où le *de cujus* serait le frère du mineur.

Notre principal argument, ici, c'est que, l'acceptation ne devant jamais avoir lieu que *sous bénéfice d'inventaire,* elle ne présentera en général aucun danger pour le mineur.

S'agit-il d'un legs, le père administrateur est censé faire rentrer dans le patrimoine de son enfant mineur quelque chose qui lui appartenait à dater du jour du décès du testateur.

S'agit-il d'une succession *ab intestat*, et devrait-on envisager l'éventualité d'un rapport, on s'en remettra au père du soin d'apprécier ce qu'il y a de plus favorable aux intérêts de l'enfant.

Pour la *répudiation*, au contraire, elle constituerait dans notre droit une véritable *aliénation.*

Nous savons, en effet, que les biens du *de cujus* sont censés, par suite de l'acceptation, être entrés dans le patrimoine de l'héritier le jour du décès. Répudier

(1) Vincent, *op. cit.*, p. 79.

une succession, c'est donc faire sortir dudit patrimoine les biens qui, dans les termes que nous savons, s'y trouvaient déjà implicitement compris.

En conséquence, la renonciation, si elle était nécessaire, ne pourrait être faite par le père administrateur qu'avec l'autorisation de justice.

2° S'il s'agissait d'une *donation*, le père administrateur pourrait certainement l'accepter. En effet, un tel pouvoir est conféré d'une façon formelle et en termes généraux par l'article 935 du Code civil *à tous les ascendants.*

Conformément au principe posé d'une façon générale et absolue dans cet article du Code, on a admis que, « en cas de donation faite conjointement par le père et par la mère, l'acceptation est valablement faite par le père, pour les biens donnés par la mère, et par celle-ci, pour les biens donnés par celui-là » (1).

Toutefois si la donation contenait des charges, l'acceptation ne pourrait pas être faite par le père qui aurait dans cet acte des intérêts opposés à ceux de son enfant mineur (2).

3° Il lui est permis de passer des *baux*, à la condition toutefois que ceux-ci soient faits pour une période n'excédant pas la durée normale de neuf années : s'il en était autrement, on pourrait, le cas échéant, (bien que le bail fût parfaitement valable en principe), en faire prononcer la réduction.

La règle générale, en effet, est que les baux qui dépassent cette durée dépassent en même temps les limites de l'administration ordinaire (cf. art. 1429

(1) Aubry et Rau, t. vii, p. 59, § 652.
(2) *Trib. de Châteauroux*, 9 décembre 1890.

et 1430 C. civ.) ; or, ce principe, écrit en matière d'administration de la communauté, est rendu applicable d'une façon positive aux baux concernant les biens des mineurs (art. 1718), que ceux-ci soient en tutelle ou qu'ils se trouvent placés sous l'administration légale.

4° Le père administrateur peut-il *recevoir les capitaux mobiliers et en donner décharge?* En cas d'affirmative, *est-il tenu d'en faire emploi* et, si oui, dans quelles formes ?

Nous répondons que le fait de recevoir le paiement de créances exigibles rentre, à n'en pas douter, dans les pouvoirs d'un administrateur : du reste, dès l'instant que nous reconnaissons au père le droit d'exercer les actions mobilières, il serait difficile de lui refuser celui de toucher les sommes dont il pourrait poursuivre le recouvrement.

Les capitaux une fois encaissés, le père administrateur peut en effectuer l'emploi de la façon qu'il juge convenable. En l'absence de texte l'obligeant à faire cet emploi, nous ne voyons pas quelle voie on pourrait employer pour l'y contraindre.

Mais, si l'administrateur n'a pas fait d'emploi ou que celui-ci ait été opéré d'une façon défectueuse, sa responsabilité pourra évidemment être engagée : la question, à ce propos, se règlera lors de la reddition des comptes à laquelle fait allusion l'art. 389.

C'est à regret que nous adoptons cette solution. Nous le disons encore une fois, nous appelons de tous nos vœux la loi qui doit imposer à l'administrateur des obligations semblables à celles qu'on a écrites pour le tuteur en 1880 (1).

(2) Cf. Rivière, *Pandectes françaises*, V° *admin. lég.*, n°s 176 et suiv

5° *L'action en partage* est également permise au père administrateur, par cette raison, est-il dit, que partager n'est pas aliéner.

6° En ce qui concerne *l'exercice des actions mobilières*, il appartient au père administrateur : cela n'est pas douteux. La meilleure preuve que nous puissions en donner, c'est que ce même droit appartient au mineur émancipé (art. 482), dont l'administration est assurément celle qui, dans notre Code civil, a le moins d'étendue.

7° La question devient plus délicate, lorsqu'il s'agit de *l'exercice des actions immobilières.*

Dans un système, qui est celui professé par M. Laurent, on soutient que l'exercice de telles actions n'appartient point à un administrateur, pas même au père. « L'administrateur, plaidant aux frais de celui dont il gère les intérêts, pourrait être tenté de plaider à la légère ; il est donc bon qu'il y ait un contrôle. On peut même assimiler les actions judiciaires à des actes de disposition ; car le demandeur qui succombe dispose indirectement de la chose qui fait l'objet du litige. » (1)

Dans une autre opinion, adoptée par la Jurisprudence (2), l'exercice d'une action immobilière est permise au père administrateur, sans que celui-ci ait besoin de se faire autoriser par justice. On doit lui accorder le droit d'administration dans le sens le plus large. Or, l'article 1549 du Code civil permet au mari, sous le régime dotal, d'exercer les actions immobilières ; conséquemment, pourquoi

(1) Laurent, *op. cit.*, t. IV, n° 315, p. 418.

(2) Bourges, 11 février 1863 : Dalloz P., 1864. 5. 305 ; Sirey, 1863. 2. 121 ; — *Besançon*, 29 novembre 1864 ; D. P., 1864. 2. 195 ; — *Bordeaux*, 2 juin 1876 ; S., 1876. 2. 350.

pareil droit, étant accordé au mari, serait-il refusé au père?...

Nous nous rallions à cette dernière manière de voir.

8° *L'acquiescement* est-il permis au père administrateur?

Il a été décidé par un arrêt de la cour de Pau du 15 juillet 1865, dont la doctrine a été consacrée par un arrêt de la Chambre des Requêtes du 3 juin 1867 (1), que « la femme mariée sous le régime dotal peut acquiescer sans l'autorisation du juge à un jugement relatif à ses biens dotaux, *l'acquiescement n'équivalant pas à une aliénation.* » Cette doctrine, il est vrai, a été combattue par un certain nombre d'autres décisions de la jurisprudence (2).

Pour nous, qui avons accordé au père l'exercice des actions immobilières, il nous serait difficile de lui refuser le droit d'acquiescer; la solution contraire serait inconciliable avec celle que nous avons admise plus haut.

9° Au point de vue de la *transaction*, devra-t-on ou non appliquer au père administrateur les dispositions de l'art. 467 du Code civil?

Tout d'abord il est bien certain que le père n'aura pas à lui seul le pouvoir de transiger, attendu que ce pouvoir contiendrait en lui-même celui de « disposer des biens meubles ou immeubles des mineurs. (1) »

(1) Dalloz P., 1868. 1. 27.

(2) *C. civ.*, Dalloz, art. 1554, nos 120 et suiv. — Cf., sur la même question, Dalloz, *Supplément au Répert. génér.*, V° Acquiescement, nos 21 et suiv.

(1) *Sic*, Aubry et Rau, t. I, § 123, p. 507, note 38.

Mais pourra-t-il faire une transaction avec la seule autorisation du tribunal, ou bien sera-t-il obligé de requérir l'avis de trois jurisconsultes?... D'assez nombreuses décisions ont été rendues en sens contraire sur cette question spéciale (1).

Notre opinion est que l'autorisation du tribunal, nécessaire au père administrateur, lui suffit.

L'art. 467 ayant été écrit spécialement pour le tuteur, nous ne voyons pas pourquoi l'administrateur serait nécessairement obligé de s'y conformer. Au surplus, nous estimons que l'intervention du tribunal présentera une sécurité complète pour les intérêts de l'enfant.

10° Le père administrateur légal pourrait-il, au nom de son enfant mineur, former une demande en *conversion de saisie* ou s'y adjoindre (art. 744, § 3, C. Pr. Civ.)?

Nous répondrons en établissant une distinction.

a. — Si le père, demandeur en conversion, est en même temps créancier poursuivant, il ne fera que suivre sur l'action par lui précédemment formée et pour laquelle il a dû se faire autoriser régulièrement. Il aura toute capacité, dans ces conditions, pour figurer valablement dans une demande qui s'est incidemment greffée sur la poursuite originaire.

On pourra objecter que la saisie immobilière n'est que la suite et la conséquence forcée de l'exercice, sans résultat efficace et immédiat, d'une action mobilière. Cela est vrai. Mais nous ne devons pas oublier les dispositions de l'article 706 C. Pr. Civ., aux termes duquel le poursuivant, s'il n'y a pas d'enchères,

(2) Cf. Rivière, *Pand.*, V° *Admin. lég.*, n°s 213 à 219; — et Fuzier-Herman, *Répert.*, *cod. verbo*, n°s 92, 93, 99 et 119.

est déclaré adjudicataire pour le montant de la mise à prix. C'est cette disposition qui nous fait décider que le père administrateur ne peut de son chef poursuivre une saisie immobilière; attendu que l'éventualité d'une acquisition forcée, au cas de défaut d'enchères, constituerait de la part du père un engagement à la charge de son enfant mineur, lequel engagement sort évidemment des limites de l'administration (1).

b. — Si nous nous plaçons dans une hypothèse inverse, (celle où, le père n'étant point demandeur, il ne s'agit pour lui que de s'adjoindre à la demande de conversion), nous estimons que le père pourra donner son consentement, celui-ci ne constituant qu'un acquiescement à la demande concernant les formes mêmes dans lesquelles la procédure sera suivie. En définitive, notre solution ne présente aucun inconvénient; puisque le tribunal aura le dernier mot, c'est-à-dire appréciera souverainement le point de savoir si la conversion doit ou non être accordée, et puisque, dans l'hypothèse affirmative, les garanties demeureront les mêmes, la vente devant conserver jusqu'au bout son caractère de vente judiciaire.

Section IIe. — des obligations du père administrateur.

En sa qualité d'administrateur, le père est soumis aux règles du droit commun. Il doit donc administrer en bon père de famille, et si sa gestion a été

(1) Cf. note (2), sous l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 5 janvier 1863; Dalloz P., 1863. 1. 77; — et Demolombe, t. vii, nº 677.

mauvaise ou imprudente, il devra réparer le préjudice occasionné par sa faute. Ce principe, qui n'est que l'application des règles ordinaires sur l'administration du patrimoine d'autrui, est sanctionné positivement par le texte de l'article 389, lequel nous dit que le père administrateur « est comptable, quant à la propriété et aux revenus, des biens dont il n'a pas la jouissance; et, quant à la propriété seulement, de ceux des biens dont la loi lui donne l'usufruit. »

La situation du père administrateur sera différente, suivant qu'il aura ou non l'usufruit légal. Si cet usufruit lui appartient, il sera astreint à la seule obligation de conserver les biens soumis à sa jouissance ; dans le cas contraire, non-seulement il aura le devoir de veiller à la conservation des biens, mais encore il devra les faire fructifier.

La gestion du père administrateur s'appréciera lors de la reddition du compte. Mais la question de savoir d'après quelles règles ce compte sera rendu et la responsabilité du père appréciée, à quelles règles aussi cette administration a dû être soumise pendant sa durée, — cette question, disons-nous, a donné lieu à un certain nombre de difficultés que nous allons sommairement examiner.

A. — L'enfant mineur a-t-il une hypothèque légale sur les biens du père administrateur ?

Cette question qui avait, à l'origine, donné lieu à une controverse, est aujourd'hui unanimement résolue dans le sens de la négative. En conséquence le mineur n'aura point, pour le garantir contre les suites de l'administration légale, l'hypothèque dont la loi fait bénéficier le mineur en tutelle.

Cette solution se justifie à un double point de vue.

D'abord, il est remarquable que les textes qui parlent de l'hypothèque légale au profit du mineur supposent tous que celui-ci est en tutelle, et qu'aucun de ces textes ne se sépare de cette idée dominante, à savoir que l'hypothèque grève *les biens du tuteur*. Or, nous le savons, la tutelle et l'administration légale sont deux choses essentiellement différentes ; d'autre part, l'hypothèque légale n'existe qu'en vertu du texte de la loi qui l'établit spécialement : l'interprétation restrictive est ici de rigueur. Donc, pas d'extension possible dans notre hypothèse.

A l'argument de texte notre solution ajoute un argument de raison. Dans le système que nous avons admis, aux termes duquel le père ne peut faire seul aucun acte d'aliénation ou de disposition, l'hypothèque légale serait une garantie inutile. D'autre part, on ne doit pas oublier que la femme a déjà elle-même une hypothèque légale sur les biens de son mari pendant le mariage : or, frapper celui-ci d'une seconde hypothèque, c'eût été ruiner sans nécessité son crédit et, par voie de conséquence, causer un dommage au mineur lui-même (1).

Une distinction toutefois doit être établie pour le cas où des biens auraient été légués à un enfant mineur pendant le mariage de ses père et mère, sous cette condition formellement écrite par le testateur, que l'administration des biens légués n'appartiendrait au père qu'à la charge de consentir une garantie hypothécaire pour assurer la restitution

(1) Cf. Fuzier-Herman, *Répert.*, V° *Admi lég.*, n° 45, *et les autorités citées.*

des mêmes biens. Une telle condition ne serait pas contraire à l'ordre public : nous avons déjà, plus haut, pris parti dans ce sens. Cette clause peut donc être valablement écrite comme une condition de la libéralité, et elle devient obligatoire pour le père, si celui-ci veut obtenir l'administration des biens légués (1).

B. — Le père administrateur est-il tenu de faire inventaire ?

Ce point est controversé.

I° — Des auteurs ont soutenu l'affirmative, en appliquant par analogie au père administrateur légal les dispositions écrites pour le tuteur dans l'article 451 du Code civil, et en se fondant sur les termes mêmes de l'article 389 qui constitue le père comptable des biens dont l'administration lui est confiée. Or, ajoute-t-on, pour qu'un compte de gestion puisse être établi et pour qu'on puisse apprécier comme il convient l'administration, la condition *sine quâ non* est qu'un inventaire fidèle et exact ait été fait à mesure que des biens sont entrés dans le patrimoine personnel de l'enfant : cet inventaire servira de base et de point de départ.

II° — D'autres auteurs, parmi lesquels M. Laurent, soutiennent l'opinion contraire en s'appuyant sur le silence de la loi. Il est bien vrai, dit-on, qu'on pourrait appliquer, ici comme dans les autres cas, les règles du droit commun en matière d'administration; mais le père administrateur légal est un administrateur privilégié, et il est impossible de lui

(1) *Sic* : *Cassat.*, 30 avril 1833 ; Sirey, 1833. 1. 466 ; — Dalloz P., 1833. 1. 221. *Adde* : *C. civ.* de Fuzier-Herman, art. 389, n° 13, et les autorités qui s'y trouvent citées.

appliquer par analogie les articles 1414, 1415 et 1442 du Code civil.

III° — Nous n'admettons pas la théorie de M. Laurent; car nous n'apercevons nulle part dans nos lois le privilège sur lequel elle se base. On ne peut que choisir entre l'application, par voie d'extension, des règles de la tutelle, ou celle pure et simple des règles du droit commun : il n'y a pas de milieu. Or, comme nous savons que l'application, par voie d'assimilation, des textes de la tutelle n'est pas ici permise, c'est le droit commun qui prévaudra.

Notons qu'en fait la question se posera rarement et que, par suite, elle n'a pas grand intérêt; attendu que la plupart du temps le père joindra à sa qualité d'administrateur celle d'usufruitier légal, et qu'en cette dernière qualité il sera tenu de faire inventaire.

Ajoutons enfin, et d'autre part, que les successions échues à un enfant mineur, qu'il soit en tutelle ou bien sous la puissance paternelle pendant le mariage de ses auteurs, ne pouvant être acceptées que sous bénéfice d'inventaire aux termes de l'article 776 du Code civil, on est en droit de se demander comment le père administrateur pourrait bien user du privilège qu'on lui confère dans la doctrine que nous combattons.

L'obligation de faire inventaire étant une fois admise, nous maintiendrons le principe plus haut posé, c'est-à-dire que nous dispenserons le père de l'accomplissement des règles qui s'appliquent à la tutelle.

Ainsi, il n'aura pas besoin d'appeler un contradicteur pour procéder audit inventaire; l'obligation, par exemple, de requérir le concours d'un subrogé-

tuteur, comme le prescrit l'article 451, n'existera pas pour lui.

De même encore, si le père administrateur légal avait négligé de faire inventaire ou bien oublié d'y mentionner la créance personnelle qu'il avait contre le mineur, il n'encourrait pas la déchéance dont parle le second paragraphe de l'article 451 du Code civil.

IV° — Si l'administrateur légal a omis de dresser l'inventaire des biens de son enfant, comment la consistance du mobilier non inventorié sera-t-elle établie?

Dans une première opinion (1), c'est-à-dire dans celle qui n'astreint pas le père à faire inventaire, on ne considère point l'omission comme une faute. Or, dit-on, admettre la preuve par commune renommée, ce serait infliger au père une peine pour une négligence coupable qui n'existe pas.

Pour notre compte, nous admettons l'opinion contraire, aux termes de laquelle la consistance du mobilier non inventorié peut être établie par tous les modes de preuve, même par la commune renommée. Cette solution se justifie par la sanction qui est établie dans les articles 1415, 1442 et 1504, pour des hypothèses absolument analogues. Ajoutons que dans beaucoup de cas, peut-être, le mineur serait dépourvu de tout autre moyen de preuve. Si donc ce mode paraît trop rigoureux au père, celui-ci a une façon bien simple de s'y soustraire ; ce sera de ne pas commettre de faute, c'est-à-dire de ne pas oublier de procéder à un bon et fidèle inventaire (1).

(1) *Sic* : Demolombe, t. vi, n° 435 ; — Aubry, *Revue du Droit français*, 1844, p. 670.

(2) Laurent, t. iv, n° 307, p. 409.

C. — Le père administrateur est-il tenu de vendre les meubles ?

On admet généralement la négative. En effet, l'article 452 ne saurait trouver d'application par analogie dans le cas qui nous occupe : en imposant au tuteur l'obligation de « faire vendre, dans le mois qui suivra la clôture de l'inventaire, tous les meubles autres que ceux que le conseil de famille l'aurait autorisé à conserver en nature », cet article a édicté une prescription qui ne peut évidemment s'appliquer qu'à la tutelle et dont les termes s'opposent à toute extension. Les mots de « tuteur...., subrogé-tuteur....., conseil de famille....., » prouvent surabondamment que cet article est étranger au cas du père administrateur légal.

D'autre part, et d'une façon plus positive, nous trouvons un argument *a fortiori* dans l'article 453, qui dit que « les père et mère, tant qu'ils ont la jouissance propre et légale des biens du mineur, sont dispensés de vendre les meubles, s'ils préfèrent de les garder pour les remettre en nature ».

Le père étant seul juge du point de savoir s'il doit conserver les meubles de ses enfants ou les vendre, il suit de là que, s'il les conserve, il le fait à ses risques et périls, c'est-à-dire sous sa responsabilité personnelle. Le mineur demeure donc à couvert, dans tous les cas, puisque, lors de la reddition de son compte de gestion, le père sera comptable envers lui et, comme tel, tenu d'indemniser le mineur pour les fautes qu'il aurait pu commettre.

D. — Comment s'opérera la reddition des comptes de l'administrateur légal ?

L'article 389 impose au père, nous l'avons vu,

l'obligation de rendre compte de sa gestion. Cette prescription est natureile et raisonnable, puisque nous avons admis que le régime de l'administration légale était soumis aux règles du droit commun. Partant, il eût été difficile de soustraire le père administrateur aux principes écrits dans l'article 1998 C. civ., lequel énonce la règle générale.

On a discuté sur le point de savoir si, lorsqu'il s'agit des conditions et des formes d'après lesquelles la reddition du compte doit s'opérer, on doit ou non appliquer par analogie les règles de la tutelle.

Nous n'hésitons pas à répondre négativement à cette question. Et, si nous sommes d'avis d'appliquer au père administrateur les art. 471 et 473, qui se trouvent insérés au Code sous la section IX, des *comptes de la tutelle*, ce n'est pas du tout par une raison d'analogie, mais uniquement parce que les articles 471 et 473 font au tuteur l'application pure et simple des règles du droit commun.

Il en est autrement des articles 472, 474 et 475, lesquels contiennent des dispositions absolument exceptionnelles ; or, il est de principe que les exceptions sont de droit étroit ; si donc ces exceptions ne peuvent s'étendre par voie d'analogie, *a fortiori* doit-il en être de même lorsque l'assimilation sur laquelle on se fonde n'est pas possible.

Les dispositions des articles 472, 474 et 475 ont, en effet, leur raison d'être ; et nous nous empressons d'ajouter qu'elles sont très-raisonnables, lorsqu'il s'agit de les appliquer aux différents cas qu'elles ont spécialement prévus, c'est-à-dire aux incidents qui peuvent naître entre le tuteur et son pupille à propos

de la reddition du compte de tutelle. Mais une semblable raison d'être ne saurait se concevoir un seul instant, lorsqu'il s'agit d'appliquer les mêmes textes au père administrateur légal.

En ce qui concerne spécialement l'article 472, son caractère absolument restrictif a été proclamé par les auteurs les plus autorisés, et l'opinion de ceux-ci a été consacrée par la jurisprudence des Cours d'appel et de la Cour de cassation elle-même (1).

Lorsque le compte de gestion a été rendu, le reliquat, s'il en existe un, ne portera intérêt qu'à compter de la demande en justice ou, si l'on veut, de la mise en demeure ; que la balance ait eu lieu en faveur du père ou de l'enfant, peu importe. On appliquera non point l'article 474, qui a un caractère exceptionnel, mais les articles 1153 *in fine* et 1996, qui contiennent les règles du droit commun.

Quant à l'action qu'aura le mineur pour contraindre le père à rendre son compte, elle ne s'éteindra que par la durée normale de trente ans. Lorsqu'en effet le législateur n'a pas pris soin d'édicter une prescription particulière, c'est le droit commun qui s'applique. Ajoutons qu'en fait on comprend très-bien que le législateur n'ait pas étendu au père administrateur légal la prescription spéciale de l'article 475. Le tuteur, lui, a souvent de lourdes charges, et le fardeau de la tutelle l'oblige parfois à rendre compte d'une administration très-compliquée. Il était donc équitable, nécessaire même, de ne pas laisser éterniser la situation, le temps ne pouvant

(1) *Cassat.*, 30 janvier 1866 ; D. P., 1866, 1. 172 ; S., 1866. 1. 204. — *Adde* : Demolombe, t. VI, n° 455 ; — Aubry et Rau, t. I, p. 509, § 123 ; — Laurent, t. IV, n° 318.

que compliquer encore les difficultés du compte à rendre.

D'autre part, pour garantir le mineur de toutes fâcheuses éventualités, on a frappé les biens de son tuteur d'une hypothèque légale. Or, le législateur a considéré comme contraire au crédit public que les hypothèques, notamment l'hypothèque légale dont il est impossible de mesurer l'étendue, pussent frapper les biens d'une personne pendant une durée indéterminée.

Autant de raisons pour que le Code ait été autorisé à édicter la prescription de dix ans de l'article 475. Mais toutes ces raisons n'existent plus en matière d'administration légale. Il n'y a aucun motif pour faire bénéficier le père des avantages exceptionnels accordés au tuteur ; c'est pourquoi on ne pourra lui appliquer d'autres règles que celles du mandat. Là encore, et pour juste cause, c'est le droit commun qui trouvera son application.

Section III[e]. — *quid*, lorsqu'un conflit d'intérêts existe entre le père administrateur et l'enfant mineur qu'il est chargé de représenter?

Voilà encore une hypothèse qui n'a pas été prévue par le Code : il faut avouer cependant qu'un texte pour la réglementer n'eût pas été chose superflue, quand bien même il n'aurait eu d'autre utilité que d'empêcher de vives et longues controverses.

I°. — En matière de tutelle, le législateur a supposé le cas où les intérêts du mineur seraient en oppo-

sition avec ceux de son tuteur, et il a écrit dans le second paragraphe de l'article 420 une disposition spéciale aux termes de laquelle le subrogé-tuteur est, en pareille hypothèse, chargé de représenter le mineur. Cette disposition est sage et raisonnable. Il eût été imprudent, en effet, de placer le tuteur entre les exigences de son intérêt personnel, d'une part, et, d'autre part, l'obligation de soutenir les intérêts de son pupille fût-ce au détriment des siens propres.

Il était donc tout naturel de refuser alors le concours du tuteur, et le subrogé-tuteur était tout indiqué pour le suppléer.

Or, en matière d'administration légale, il n'y a pas de tutelle et, par conséquent, point de subrogé-tuteur. Cependant il peut arriver que l'administrateur légal ait, lui aussi, des intérêts opposés à ceux de son enfant mineur. Cela se produira, par exemple, si un procès surgit entre héritiers, à propos d'une succession dans laquelle, le père étant héritier réservataire du *de cujus*, l'enfant a été institué légataire universel par le défunt.

Qui donc, dans cette hypothèse, représentera l'enfant?... Le père aura-t-il qualité pour cela?— Si nous suivions le système de M. Jacques Piou, tel qu'il nous semble résulter du rapport qu'il a déposé le 4 juillet 1887 et où il a conclu au rejet du projet de loi présenté par le Gouvernement, il faudrait répondre affirmativement. Car, en posant comme principe, dans les termes où il l'a fait, que « le père et la mère sont les défenseurs naturels de leurs enfants et les *meilleurs gardiens de leurs intérêts* », en ne voulant, pour les enfants, « *d'autre sauvegarde que*

la tendresse de leurs parents », en ne soumettant la confiance donnée au père « *à aucun contrôle* », le rapporteur du 4 juillet 1887 ne nous permet même pas de supposer que le père, par ce sentiment instinctif dont il est difficile à la nature humaine de se dépouiller, pourra un seul instant mettre en parallèle ses intérêts personnels avec les intérêts opposés de son enfant. La tendresse du père sera réputée toujours suffisante, et dans le cas même où ses propres intérêts seraient menacés.

Malheureusement, c'est le contraire qu'il faut poser comme règle. Ainsi que l'a fort bien jugé la Cour de Paris dans un arrêt récent (1), « c'est un principe de droit comme de raison que, lorsque se manifeste une opposition entre les intérêts d'un incapable et les intérêts de celui qui le représente, ce dernier se trouve par le fait même déchu de sa qualité de représentant, au regard des actes qui ont pour objet lesdits intérêts opposés, et il n'a plus capacité pour y intervenir et y stipuler au nom de l'incapable. Ce principe n'a pas été seulement consacré à titre de disposition spéciale dans divers articles du Code, mais il s'étend comme une règle générale à tous les cas semblables, et *il n'est pas douteux, en doctrine ni en jurisprudence, qu'il ne doive recevoir son application à l'égard du père, administrateur légal des biens de son enfant mineur.* »

Donc, le motif de récusation qui existait pour le tuteur existera, au même titre et pour les mêmes raisons, en ce qui concerne le père administrateur légal.

II. — Le point de savoir par qui doit être faite

(1) *C. Paris*, 17 mars 1881 : D. P., 1882. 2. 189.

la nomination du représentant légal chargé de remplacer momentanément le père, en cas d'opposition d'intérêts, a donné lieu à de très-sérieuses divergences dans la jurisprudence et dans la doctrine.

Nous allons énumérer successivement les divers systèmes qui ont été proposés ou consacrés; puis nous ferons connaître, après une critique raisonnée, quelle est la solution qui, à notre avis, est la plus juridique et doit prévaloir.

1° — Une première opinion, que nous ne mentionnerons que pour mémoire parce qu'elle est isolée, consiste à dire que le représentant légal dont nous parlons sera un *subrogé-tuteur ad hoc* et qu'il sera nommé par le conseil de famille : c'est ce qu'indique M. Duranton (1).

2° — Une seconde opinion, adoptée par la majorité des auteurs (2), enseigne que ce représentant sera un *tuteur ad hoc* et que le conseil de famille aura qualité pour le nommer. Cette doctrine est confirmée par la jurisprudence des Cours d'appel de province et par celle de la Cour suprême (3).

La Cour de Bordeaux, dans un arrêt du 19 mars 1875 (4), avait même décidé qu'il y avait lieu de nommer au tuteur *ad hoc* un subrogé-tuteur *ad hoc* dans tous les cas où la loi exige le concours du tuteur et du subrogé-tuteur, spécialement dans les cas prévus par les articles 444, 962 et 972 du Code de procédure civile. Mais une solution aussi grave avait, à juste titre, ému les jurisconsultes. C'est

(1) Duranton, t. III, n° 415, note 1.
(2) Cf. Rivière, *Pandectes françaises*, V° *Administrateur ad hoc*, n° 16, et les autorités qui s'y trouvent citées.
(3) Cf. *C. Civ.* Dalloz, *Supplément*, sous l'art. 389, n° 3065.
(4) D. P., 1877, 2. 25-26; Sirey, 1876. 2. 97 ; J. Pal., 1876, 441.

pourquoi la Cour de Bordeaux est revenue sur sa jurisprudence du 19 mars 1875, qu'elle a condamnée par un arrêt ultérieur du 2 juin 1876 (1). Ce dernier arrêt, qui a été maintenu sur le pourvoi formé devant la Cour de cassation, est intervenu à la suite d'un commentaire critique écrit sous l'arrêt du 19 mars 1875 et dû à la plume de M. Labbé, le savant professeur de la Faculté de Paris. Nous regrettons que le cadre de notre étude ne nous permette pas de reproduire *in extenso* à cette place la note émanée de l'éminent maître : on la lira avec fruit en se reportant soit au recueil de MM. Sirey, soit à celui du Journal du Palais (2).

Pour être complet dans l'exposé de la question qui nous occupe, nous devons indiquer que l'arrêt précité du 2 juin 1876 ne fait que confirmer l'opinion qui a prévalu dans la jurisprudence, aux termes de laquelle le conflit d'intérêts entre le père et son enfant mineur ne peut jamais donner lieu à la nomination d'un subrogé-tuteur *ad hoc* (3).

3° Enfin, dans une troisième opinion, à laquelle nous nous rallions sans réserve, le représentant légal dont il est ici question ne peut être qu'un *administrateur ad hoc,* nommé par le tribunal en Chambre du Conseil. Telle est la pratique admise par le tribunal de la Seine et sanctionnée par la Cour d'appel de Paris (4).

(1) D. P., 1878. 1. 227 ; — Sirey, 1876. 2. 330 ; — J. Pal., 1876. 1256.

(2) Sirey et J. Pal., *loc. cit.*

(3) Cf. *Supplément au Code civil de* Dalloz, n° 3072.

(4) Cf. *C. Civ.* Dalloz, *Supplément*, n°s 3061 et 3064. — Ce même principe a été consacré par le *Tribunal de Châteauroux*, notamment dans un jugement rendu, sous la présidence de M. Buteau, le 7 juillet 1890, sur une requête présentée au nom des consorts *Delalœuf* par Me Pathouot, leur avoué.

III°. — Après cet exposé sommaire de la controverse que nous avons signalée, il nous reste à justifier l'opinion que nous venons d'émettre.

1re question. — Comment qualifier le représentant légal qu'il s'agit ici de nommer?

Ce sera un tuteur *ad hoc*, avons-nous dit, d'après la jurisprudence de la majorité des Cours et aussi d'après l'opinion des auteurs les plus considérables.

MM. Aubry et Rau et M. Demolombe, pour ne parler que de ceux-là, enseignent que la qualification de tuteur *ad hoc*, qu'on s'accorde, en général, à employer dans ce cas, est évidemment la plus exacte. Et M. Demolombe justifie son opinion par la raison suivante : « Il ne saurait y avoir, dit-il, de subrogé-tuteur là où il n'y a point de tuteur. » (1).

Il est regrettable que le savant maître n'ait pas complété sa pensée, en ajoutant la conclusion qui, à notre avis, était aussi forcée qu'elle était logique. Poursuivant son raisonnement, avec le même sens et dans le même esprit, il eût dû ajouter : *a fortiori* ne peut-il y avoir de tuteur où il n'y a pas de tutelle.

L'expression de « *ad hoc* » indique suffisamment qu'on enlève au père, *pour une circonstance déterminée et pour un motif tout spécial* ses pouvoirs afin de les transporter sur la tête d'un autre. D'où la conséquence que, si ces pouvoirs (qui, le fait est certain, ne changent pas de nature parce qu'ils changent de titulaire), sont ceux d'un administrateur

(1) Demolombe, t. VI, n° 422 *in fine* ; — Aubry et Rau, t. I, § 123, p. 500, note 7.

quand ils résident dans la personne du père, ils ne peuvent devenir ceux d'un tuteur, par ce seul fait que, pour un cas déterminé et isolé, ils passeront entre les mains d'un tiers. Celui-ci sera donc *vice administratoris ;* c'est-à-dire que la seule qualité qui puisse lui appartenir est celle d'administrateur *ad hoc.*

La *tutelle seule peut engendrer le tuteur ;* celui-ci tire sa vie de celle-là ; l'un appelle nécessairement l'autre ; et prétendre qu'ils peuvent vivre isolément, c'est soutenir qu'on peut faire vivre un corps sans âme.

Au surplus, nous ne voudrions pas attacher une importance exagérée à la qualification dont il s'agit. Car, en définitive, alors même qu'on maintiendrait au représentant de l'enfant le titre de tuteur *ad hoc,* cela ne lui donnerait pas les pouvoirs d'un tuteur. Le nom ne fait pas grand'chose ici, attendu que le tiers étranger n'est jamais *loco patris* et qu'il n'a d'autres pouvoirs que ceux dont il a été investi par l'autorité judiciaire.

Donc, nous maintenons notre principe ; mais, nous le répétons, il ne faut pas attacher à cette question une portée qu'elle ne comporte pas.

2e *question. — Si on concède qu'il y a lieu à la nomination d'un tuteur* ad hoc, *par qui celui-ci sera-t-il nommé ?*

Cette seconde question, pour les adversaires du système que nous soutenons, est aussi peu avantageuse que la première.

Veut-on que la nomination appartienne au conseil de famille ?... Mais M. Demolombe est obligé de le reconnaître lui-même en termes exprès (1) : « Il n'y a pas plus lieu à l'organisation d'un conseil de famille qu'à la nomination d'un subrogé-tuteur ; ce sont là deux rouages de la tutelle ; or, nous ne sommes pas sous le régime de la tutelle. »

En outre, et en admettant même qu'il y ait place dans notre hypothèse pour un conseil de famille spécial, comment sera-t-il composé ?... Notre législateur n'a-t-il pas eu le soin de déterminer d'une façon précise les différents cas dans lesquels il y a lieu de recourir au concours du conseil de famille, et n'a-t-il pas d'avance tracé les règles de sa convocation et de sa formation ? Quel est donc le texte qui autorise à former un conseil de famille sous l'administration légale, et peut-on oublier ce qui a été dit à ce propos lors de l'exposé des motifs de notre Code civil ?

Soutiendra-t-on, dans une autre opinion, qui est celle adoptée par la jurisprudence de la majorité des Cours d'appel, que la nomination du tuteur *ad hoc* appartient au tribunal ?.. — En admettant, ce qui n'est pas, qu'un tuteur puisse exister sans la tutelle, voudrait-on nous dire sur quoi on se fonde pour attribuer à un tribunal la compétence nécessaire à l'effet de le nommer, qu'il s'appelle ou non tuteur *ad hoc* ? Les conditions dans lesquelles une tutelle peut être déférée ont été limitativement tracées par le Code civil. Il s'agit, nous le répétons, d'une juridiction d'exception, qui a des attributions spéciales, notamment celle de nommer le tuteur : or, nous ne

(1) Demolombe, t. vi, n° 423.

connaissons aucun texte qui, de près ou de loin, directement ou par voie d'analogie, autorise à décider qu'un tribunal, bien qu'il jouisse de ce que nous appelons la plénitude de juridiction, est investi, à ce propos, des mêmes attributions (1).

3e *Question. — Etant donné qu'il n'y a place ici ni pour un conseil de famille, ni pour un tuteur* ad hoc, *et que le représentant légal ne peut être qu'un administrateur* ad hoc, *par qui donc celui-ci sera-t-il nommé ?*

Poser la question, c'est la résoudre : la réponse s'impose.

C'est le tribunal qui, en Chambre du Conseil, nommera l'administrateur légal : la jurisprudence du tribunal de la Seine, absolument établie en ce sens, nous paraît irréprochable. Nous avons vu, en effet, que pendant le mariage il ne pouvait être question ni de tutelle ni de tuteur. Nous restons donc dans le droit commun, et les pouvoirs ordinaires du tribunal sont de telle nature, qu'ils lui confèrent le droit de nommer un administrateur *ad hoc* ou, ce qui revient au même, un mandataire *ad hoc,* pour suppléer celui que la loi appelait à cette fonction et qui se trouve momentanément empêché.

Si notre système est conforme au droit, il est non moins conforme à l'esprit du Code civil.

Quelles objections pourrait-on lui adresser en fait ?..... Avec l'autorisation de justice remplaçant l'autorisation du conseil de famille, le mineur n'aura

(1) Cf. Rivière, *Pandectes françaises*, Vo Administrateur *ad hoc*, no 16.

rien à craindre. Tout sera sauvegardé. Est-ce que l'homologation du tribunal n'est pas, en matière de tutelle, quelque chose de plus que le conseil des parents, et n'est-ce pas pour ainsi dire un degré de juridiction supérieur et de contrôle ?..... Or, si l'on s'adresse directement *à ce même tribunal, en cas d'administration légale,* on reconnaîtra bien que le mineur recevra une satisfaction surabondante. D'autre part les frais, qu'en définitive ce dernier supportera presque toujours, seront moins grands ; il n'y aura pas de tiraillements ; la procédure sera plus expéditive. Le Procureur de la République sera là, à côté du tribunal ; ceux qui donneront leur avis ou statueront n'ayant dans la cause aucun intérêt, même éloigné, n'aura-t-on pas toutes les garanties d'impartialité et d'équité désirables ?....

Voilà comment nous justifions la solution que nous avons adoptée et que nous croyons conforme non-seulement au texte de notre Code, mais à son esprit (1).

(1) La matière de l'administration légale a été traitée avec un soin tout particulier par le Code Italien, attendu que cette administration y est considérée comme un des attributs de la puissance paternelle et ne saurait en être détachée par le décès de la mère. La Loi Italienne ne fait en cela que se conformer à l'idée adoptée par la plupart des législateurs de l'Europe, à savoir que le décès de la mère est sans influence au point de vue qui nous occupe, et qu'il n'a point pour effet de mettre fin à l'administration légale du père et de convertir celle-ci en tutelle légale.

Or, aux termes de l'art. 224, §§ 3 et 4, du Code Italien, s'il surgit un conflit d'intérêts entre le père administrateur et son enfant mineur, il est nommé à celui-ci un curateur spécial, soit par l'autorité judiciaire devant laquelle le litige est pendant, soit par le tribunal civil.

CHAPITRE IV

EXTINCTION DU DROIT D'ADMINISTRATION LÉGALE.

A. — L'administration légale étant un attribut de la puissance paternelle, elle ne s'éteint qu'avec elle. Elle durera donc, en thèse générale, jusqu'à la majorité de l'enfant ou jusqu'à son émancipation. D'autre part, comme elle constitue un régime fondé sur la confiance et la rivalité d'affection des père et mère, elle cessera forcément le jour où l'enfant, demeurant en état de minorité, aura perdu l'un de ses protecteurs naturels.

B. — La question de savoir si la dissolution du mariage qui résulte du divorce prononcé entraîne ou non par voie de conséquence l'extinction de l'administration légale est un point controversé.

On doit admettre que pendant l'instance en

divorce l'administration légale continuera d'appartenir au père, conformément aux dispositions de l'article 267 du Code civil, lequel, au surplus, s'appliquera également à la séparation de corps. (1)

Le divorce ou la séparation une fois prononcés, à qui appartiendra l'administration légale, si c'est le père qui a perdu son procès ?

1° — Il a été dit que, même si le divorce avait été prononcé au profit de la mère, l'administration des biens personnels de ses enfants mineurs ne saurait, de droit, lui être confiée, attendu que, si l'article 302 du Code civil a déclaré expressément que le droit de garde, qui est l'un des plus précieux attributs de la puissance paternelle, appartiendrait à l'époux qui a obtenu le divorce, cet article, qui est restrictif, ne saurait autoriser à enlever par voie de conséquence l'administration légale, qui est un attribut différent de la même puissance paternelle et qui en principe appartient au père durant toute sa vie (2).

2° D'autres auteurs ont soutenu le contraire, et leur opinion a été consacrée par un arrêt de la Cour de Paris en date du 15 décembre 1886. Leur premier argument consiste à dire que l'article 302, en déléguant à l'époux qui a obtenu le divorce les attributs de la puissance paternelle sur la personne des enfants, leur a délégué implicitement et *à fortiori* les mêmes attributs sur les biens de ces derniers. Les partisans de cette opinion invoquent comme second argument l'article 386 C. Civ., dont il est impossible, disent-ils, de ne pas appliquer par

(1) *Code civil* de FUZIER-HERMAN, art. 267, nos 1 et 2.
(2) Cf. FUZIER-HERMAN, *Répert. génér.*, V° *admin. lég.*, nos 133.

voie de conséquence forcée les dispositions au cas d'administration légale (1).

3° Nous avons le regret de ne pouvoir admettre cette dernière manière de voir. L'argument tiré de l'article 302 ne nous touche pas, cet article s'appliquant spécialement au droit de garde. D'autre part, nous croyons avoir suffisamment démontré, en parlant des père et mère naturels sous le paragraphe II[e] de notre chapitre II, que le droit d'éducation était indépendant du droit d'administration légale ; or, l'opinion que nous combattons ici irait directement contre celle que nous avons adoptée précédemment.

Nous dirons de même, en ce qui concerne l'argument tiré de l'article 386, que l'usufruit légal et l'administration légale sont deux choses absolument distinctes, le premier étant un avantage et la seconde étant une charge. Ils peuvent parfaitement exister l'un sans l'autre, et, de fait, l'usufruit légal cesse lorsque l'enfant a atteint l'âge de dix-huit ans, alors que l'administration légale des biens du même enfant s'étend pour le père jusqu'à la majorité de ce dernier. Donc, si l'usufruit et l'administration sont indépendants l'un de l'autre, c'est qu'ils peuvent résider en des mains différentes : conséquemment, l'argument tiré de l'article 386 ne porte pas.

C. — Nous devons rappeler, au point de vue de l'extinction, définitive ou provisoire, du droit d'administration légale, ce que nous avons dit plus haut pour les cas *d'absence* et de *désaveu* : nous n'y reviendrons pas.

D. — Est-il des cas dans lesquels le père adminis-

(1) Cf. Fuzier-Herman, *Répert. génér.*, V° *Admin. Lég.*, n[os] 128.

trateur pourrait être privé de son droit d'administration légale, et pourrait-on, par raison d'analogie, le soumettre aux causes d'exclusion et de destitution qui sont établies par l'article 444 en matière de tutelle ?

Avant la loi du 24 juillet 1889, cette question avait été discutée et diversement résolue.

I° — Quant à nous, voici comment, *sous l'empire du Code civil*, nous aurions sur ce point formulé notre appréciation.

Il est vrai, aurions-nous dit, que l'article 444, ayant été écrit spécialement pour le tuteur, ne peut être étendu par voie d'analogie au père administrateur légal.

Cependant il y a, dans la question qui nous occupe, une raison d'ordre public qui, à notre avis, prime tout.

En conséquence, si les intérêts de l'enfant mineur étaient gravement compromis par l'administration du père et si la continuation de cette administration devait nécessairement et fatalement aboutir à la ruine de ces intérêts, il faudrait dire que les tribunaux auraient non-seulement le droit, mais le devoir d'enlever au père l'administration qui serait la cause du préjudice. Ce principe a été consacré, notamment, par un arrêt de la Cour de Bordeaux du 13 juin 1860 (1), dans lequel il est parlé de « ces abus monstrueux que le législateur n'a pas dû prévoir, et *qui pourraient nécessiter l'intervention du magistrat*..... » Cet arrêt, on le voit, proclame implicitement le droit de contrôle des tribunaux et autorise

(1) *Bordeaux*, 13 juin 1860 ; D. P., 1861. 2. 92, (motifs).

ceux-ci à enlever au père, en cas d'abus, les attributs de la puissance paternelle dont il fait mauvais usage.

Des auteurs, M. Laurent notamment, objectent que, le père administrateur tenant son mandat de la loi, celle-ci seule pourrait le lui enlever ; mais que, le législateur étant muet sur ce point, il n'y a qu'à regretter son silence et qu'on ne saurait autoriser l'interprète à combler la lacune que le Code a laissé subsister.

A cette objection nous répondons que le pouvoir que nous accordons ici aux tribunaux, ceux-ci l'exercent en vertu de leur plénitude de juridiction : il ne constitue pas une attribution exceptionnelle. C'est l'application pure et simple de la règle qui dit que quiconque cause à autrui un préjudice est tenu de le réparer ; or, le bon sens n'indique-t-il pas à lui seul que la première et la plus salutaire façon de réparer le mal, c'est d'empêcher de le commettre ?

Nous n'avons point, et pour cause, parlé du rôle qu'aurait pu, sous le Code civil et dans le cas qui nous occupe, jouer le conseil de famille. Nous savons, en effet, qu'il n'y a point de place pour lui sous le régime de l'administration légale ; par conséquent, la question relative à son intervention ne peut même pas se poser.

Voilà comment nous aurions résolu la question qui nous occupe, avant la loi du 24 juillet 1889.

II° — La loi de 1889, dite *sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés*, a comblé la lacune qui faisait la base du système que nous venons de combattre.

Aujourd'hui donc, il n'y a plus de controverse possible en présence du texte de la loi nouvelle, qui investit positivement les tribunaux du pouvoir de prononcer contre les père et mère la déchéance de la puissance paternelle.

Le droit de prononcer cette déchéance est accordé, « en dehors de toute condamnation, (contre) les père et mère qui, par leur ivrognerie habituelle, leur inconduite notoire et scandaleuse ou par de mauvais traitements, compromettent soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants ». Cette disposition, contenue dans la loi de 1889 sous le paragraphe 6 de l'article 2, est la reproduction partielle de l'article 444 du Code civil.

E. — La question peut devenir très-intéressante, dans le cas où les père et mère ne se trouvent exactement ni dans la situation indiquée par l'article 444 C. civ., ni dans celle prévue par le § 6 de l'article 2 de la Loi du 24 juillet 1889.

Si, par exemple, le père est incapable ou infidèle, ou bien s'il est d'une inconduite notoire mais qu'on ne puisse exactement qualifier de scandaleuse, on pourra assurément le destituer de la tutelle (l'art. 444 est formel)..... Pourra-t-on, dans ces mêmes conditions, le destituer de l'administration légale?

En ce qui nous concerne, nous inclinerions vers l'affirmative, reproduisant en cela l'idée que nous avons exprimée il y a quelques instants, (alinéa D.)

a. — Le dernier paragraphe de l'article 2 de la Loi du 24 juillet 1889 « est l'analogue d'une des dispositions de l'article 444 du Code civil qui établit les destitutions de la tutelle..... Il précise l'expression *inconduite notoire* en y ajoutant l'expression *scanda-*

leuse. L'inconduite notoire et scandaleuse est celle qui, sans tomber sous le coup d'une disposition pénale, est contraire aux bonnes mœurs et de nature à compromettre la moralité des enfants ». (*Rapport* de M. Gerville-Réache du 12 janvier 1889). (1)

Quant à établir la ligne de démarcation entre l'inconduite qui est notoire et scandaleuse et celle qui n'est que notoire, la chose, en fait, nous semble bien difficile. Peut-être même serait-on tenté de taxer cette distinction de subtile.

Quoiqu'il en soit, au point de vue du texte même de la loi de 1889, nous retiendrons que le mot *scandaleuse* n'a, comme le dit le rapporteur, été inséré que pour préciser sa pensée. Mais il nous semble bien difficile que, si l'inconduite est notoire, elle ne soit pas en même temps scandaleuse.

D'autre part, ainsi que le fait remarquer M. de Loynes, professeur de Code civil à la Faculté de droit de Bordeaux, « le texte de la loi de 1889 paraît comporter une interprétation assez large et confère aux tribunaux des pouvoirs très-étendus ».

Ainsi, « la déchéance de la puissance paternelle peut être prononcée non-seulement lorsque l'enfant est victime de coups et blessures, mais encore lorsque le père le laisse manquer des choses nécessaires à la vie. L'enfant peut être maltraité du moment où il n'est pas traité comme il devrait l'être, du moment où il ne reçoit pas les soins que réclame sa santé et que la fortune de ses parents permettrait de lui donner ».

Le raisonnement que tient M. de Loynes à propos

(1) Cf. Dalloz P., 1890. 4. 16, note (1).

des *mauvais traitements*, nous l'appliquerons, pour identité de motifs, au cas d'*inconduite* ; et nous ajouterons avec l'honorable maître : « La limite entre l'abus réprimé et la négligence tolérée est difficile à préciser ; la prudence du juge saura la déterminer dans chaque espèce en tenant compte des circonstances. Telle nous paraît être la portée de la loi nouvelle » (1).

b. — Nous ne dirons rien de spécial en ce qui touche *l'incapacité* ou *l'infidélité*. Nous estimons, pour les mêmes motifs que nous avons donnés plus haut, qu'elles peuvent constituer des causes de destitution de l'administration légale. Là encore, c'est l'appréciation des tribunaux qui complètera la loi.

F. — Sous le système du Code civil, nous aurions décidé que, dans l'hypothèse où le père avait été condamné en vertu des dispositions de l'article 334 du Code pénal, la dégradation civique n'entraînait pas la perte du droit d'administration légale. Il est vrai que la question était controversée. Mais, pour nous, la solution ne pouvait être douteuse, en vertu de ce principe que, surtout en matière pénale, les textes doivent être entendus restrictivement. Les incapacités prononcées par la loi pénale étant de droit étroit, il eût fallu, pour que l'administration pût être enlevée au père, qu'un texte l'eût formellement déclaré.

La loi du 24 juillet 1889 déclare, dans l'art. I^er^ de son chapitre 1^er^ (Titre 1), que « les père et mère et ascendants sont déchus de plein droit, à l'égard de tous leurs enfants et descendants, de la puissance

(1) Cf. NOTE, *sous l'arrêt de la Cour d'Agen* du 6 novembre 1889 ; D. P, 1890. 2, 25 et suiv.

paternelle, *ensemble de tous les droits qui s'y rattachent, notamment ceux énoncés aux art....., 389....., du Code civil,.....* : 1° S'ils sont condamnés par application du paragraphe II de l'art. 334 du Code pénal..... »

Donc, sur ce point comme sur celui précédemment examiné, la controverse a vécu. Fasse le Ciel qu'il en soit de même, à brève échéance, pour toutes les discussions qu'a fait naître, à défaut de textes indiquant ses conditions d'application, l'art. 389 qui vient de faire l'objet de cette étude!

POSITIONS

DROIT ROMAIN

POSITIONS TIRÉES DE LA THÈSE :

I°. — La Loi Plœtoria n'était pas purement pénale ; elle permettait aux mineurs de se faire nommer, *redditis causis*, un curateur *ad hoc*.

II°. — Le mineur qui veut obtenir la *restitutio* est obligé de prouver la lésion.

III°. — Cette lésion doit s'être produite *in ipso actu*.

IV°. — Le mineur peut demander la restitution contre les tiers, quand bien même, l'acte étant imputable à la négligence de son tuteur ou de son curateur, ceux-ci seraient suffisamment solvables pour l'indemniser.

V°. — Les mineurs obtiennent la restitution contre leurs actes juridiques, alors même qu'ils auraient agi avec le consentement ou par l'ordre du père à la puissance duquel ils sont soumis.

VI°. — Si un contrat ne s'est formé qu'au moyen de plusieurs actes successifs, il ne faut envisager que les derniers actes et, par suite, refuser la restitution si ceux-ci ont été faits en temps de majorité.

EN DEHORS DE LA THÈSE :

VII°. — Il faut entendre par agnats, à l'époque de la loi des Douze Tables, non-seulement les cognats qui sont reliés entre eux par des personnes du sexe masculin, mais encore tous ceux qui font partie de la même famille civile.

VIII°. — En matière de *mutuum*, le prêteur peut se servir d'une personne étrangère pour effectuer la *datio*.

IX°. — La Loi 23, au Code, *de usuris*, a entendu dire par les mots « *incertum pretium* », que le prix pouvait être seulement connu par une estimation.

X°. — L'opinion qui admet que l'exception de dol, dans les actions de droit strict, a pour objet de faire absoudre le défendeur et ne permet pas de diminuer la condamnation, est critiquable : il est préférable d'admettre que l'exception a pour effet de donner à l'action de droit strict le caractère d'une action de bonne foi.

DROIT FRANÇAIS

Code Civil

POSITIONS TIRÉES DE LA THÈSE :

1°. — L'administration légale n'est pas d'ordre public, et les tribunaux devront valider toute clause

qui, dans un testament, ne portera atteinte qu'à cette administration.

2°. — Le père naturel n'ayant pas droit à l'administration légale, l'enfant naturel reconnu est en tutelle dès l'instant de sa naissance.

3°. — En cas d'impossibilité atteignant à la fois le père et la mère, c'est le tribunal qui sera chargé de nommer l'administrateur provisoire devant, à leur défaut, gérer la fortune personnelle des enfants.

4°. — Le père administrateur légal ne peut pas, en principe, se faire excuser.

5°. — Le père administrateur légal n'a que le droit d'administrer ; il ne peut faire seul aucune aliénation.

6°. — L'article 467 du Code civil n'est pas applicable au père administrateur. Il peut transiger pour le compte de son enfant mineur, à la seule condition d'être autorisé par le tribunal.

7°. — Lorsqu'un conflit d'intérêts surgit entre le père administrateur et son enfant mineur, il y a lieu de nommer à ce dernier un administrateur *ad hoc*, et cette nomination est faite par le tribunal en Chambre du Conseil.

8°. — Le père administrateur est soumis à l'obligation de faire inventaire.

EN DEHORS DE LA THÈSE :

9°. — L'article 724 du Code civil rattache à l'effet de la saisine l'obligation indéfinie de payer les dettes ; en conséquence, si le légataire universel n'est pas saisi, il n'est tenu qu'*intrà vires*.

10°. — Les héritiers ou représentants du donataire

pourront notifier l'acceptation de celui-ci au donateur, pourvu que le donataire ait accepté avant de mourir ; attendu que, si la volonté du donateur doit exister à deux moments, lors de la confection de la donation et lors de l'acceptation du donataire, la volonté et la capacité ne doivent être exigées chez le donataire qu'au moment de son acceptation.

11°. — Le vendeur non payé qui a négligé de renouveler son inscription de privilège dans les dix années de sa date ne perd pas, pour cela, son droit de préférence, si l'immeuble est resté entre les mains de l'acquéreur.

12° — Si un fermier a déplacé sans le consentement du bailleur les bestiaux garnissant la ferme louée et si ces bestiaux ont été vendus dans une foire ou dans un marché public, le bailleur qui les revendique en vertu de l'article 2102, § 1er, du Code civil ne droit triompher dans sa revendication que s'il rembourse aux tiers acheteurs de bonne foi le prix qu'ils ont payé. (*Contrà* : Ch. Civ., 30 octobre 1888 et 9 juillet 1889).

Procédure civile

13°. — Les tribunaux civils ont plénitude de juridiction ; et, si leur incompétence n'est pas soulevée *in limine litis*, ils peuvent statuer sur un différend commercial, même entre commerçants.

14° — Il faut appliquer aux jugements par défaut rendus contre le défendeur en matière commerciale les mêmes règles qu'aux jugements par défaut rendus contre partie en matière civile.

Droit commercial

15° — L'acceptation d'une lettre de change peut être faite par acte séparé.

16°. — L'endossement irrégulier est réputé simple procuration : la preuve contraire n'est admise qu'*inter partes*, c'est-à-dire entre le cédant et le cessionnaire seulement, ou, si l'on veut, entre le porteur et son endosseur immédiat.

VU :
Le Doyen, Président de la thèse,
LÉOPOLD THÉZARD.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Poitiers, le 24 novembre 1890.

Le Recteur,
GABRIEL COMPAYRÉ.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

	Pages
INTRODUCTION	I
PREMIÈRE PARTIE. — Théorie générale de la *restitutio* au profit des mineurs de XXV ans	IX
CHAPITRE I. — Origine, nature et définition de l'*in integrum restitutio*	XI
CHAPITRE II. — A quelles conditions la *restitutio in integrum* est-elle accordée aux mineurs?	XVII
§ I^er^. — Lésion suffisamment grave et résultant de l'acte lui-même	XVIII
§ II^e^. — Absence de toute autre voie de recours	XXV
§ III^e^. — Juste cause de restitution	XXXI

Pages

CHAPITRE III. — Différents cas d'application de la *restitutio in integrum* au profit des mineurs..... XXXVII

§ Ier. — Cas dans lesquels la *restitutio in integrum* est accordée aux mi- de vingt-cinq ans.... XXXVII

§ IIe. — Cas dans lesquels la restitution est refusée aux mineurs.. LII

§ IIIe. — Le droit à la *restitutio* est-il transmissible, et, en cas d'affirmative, quelles personnes peuvent en profiter du chef des mineurs?..... LV

§ IVe. — Quelles sont les personnes contre lesquelles la *restitutio* peut être demandée? LXIII

CHAPITRE IV. — Procédure, durée et effets de la *restitutio.* LXIX

§ Ier. — Procédure de la *restitutio*..... LXIX

§ IIe. — Délai pour demander la *restitutio*..... LXXIII

§ IIIe. — Effets de la *restitutio*... LXXV

CHAPITRE V. — Comment se perd pour les mineurs de vingt-cinq ans le droit à la

Pages

restitutio in integrum ? LXXXI

SECONDE PARTIE. — De la *restitutio in integrum* au profit des impubères..... LXXXVII

APPENDICE. — Transformations successives, depuis l'ancien droit romain jusqu'à nos jours, de la vieille maxime : *minor restituitur non tanquàm minor sed tanquàm lœsus*..... XCV

A. — Ancien droit romain.. XCV

B. — Droit de Justinien..... NCVII

C. — Ancien droit français. XCVIII

D. — Code civil..... C

DROIT FRANÇAIS

Pages

AVANT-PROPOS..... 1

CHAPITRE Ier. — Nature et portée du droit d'aministration légale... 15

§ 1er. — Aperçu historique sur l'administration légale. — Système de l'ancien droit et de notre code civil.... 15

§ II. — L'administration légale est-elle d'ordre public?..... 21

CHAPITRE II. — Quelles personnes ont droit à l'administration légale? 29

§ Ier. — En principe, elle appartient au père..... 29

§ II. — *Quid*, pour le père et la mère naturels?..... 30

§ III. — *Quid*, en cas d'absence ou d'incapacité du père?.... 37

I. — Absence..... 37

II. — Incapacité..... 42

§ IV. — L'administration légale peut-elle être confiée à des tiers?..... 45

Pages

§ V. — L'administrateur légal peut-il se faire dispenser ou excuser?..... 46

§ VI. — *Quid*, en cas de désaveu?.. 48

CHAPITRE III. — Règles et conditions d'exercice de l'administration légale..... 51

SECTION Ire. — Des pouvoirs du père administrateur..... 51

SECTION II. — Des obligations du père administrateur..... 78

SECTION III. — *Quid*, lorsqu'un conflit d'intérêts existe entre le père administrateur et l'enfant mineur qu'il est chargé de représenter?.. 87

CHAPITRE IV. — Extinction du droit d'administration légale..... 97

POSITIONS..... 107

Poitiers. — Imprimerie A. MASSON, place du Lycée